

CAPÍTULO SEGUNDO

ÁMBITOS E INSTRUMENTOS DEL MÉTODO

I. El objeto del derecho comparado . . .	47
II. La “comparabilidad” o las condiciones de la comparación: homogeneidad o diversidad	57
III. Diferentes niveles de comparación. . .	65
IV. Microcomparación, macrocomparación. La teoría de los “elementos determinantes”.	68
V. Modalidades de acercamiento a la comparación	79
VI. Clasificaciones	86
VII. Los modelos y su circulación	101
VIII. Lenguaje y derecho comparado . . .	125
IX. Interdisciplinariedad, derecho comparado y otras disciplinas	131
X. Funciones prácticas de la comparación	142

CAPÍTULO SEGUNDO ÁMBITOS E INSTRUMENTOS DEL MÉTODO

I. EL OBJETO DEL DERECHO COMPARADO

En líneas generales, el derecho comparado se ocupa de los elementos que integran los diferentes ordenamientos jurídicos. Es decir, se ocupa de aquellas reglas jurídicas que concurren de diversas maneras a “imprimir un cierto *orden* a un grupo social en función de ciertos objetivos”.⁷⁵

En el léxico del comparatista algunas expresiones son de uso común y por ello coadyuvan a que se entiendan sobre el objeto de la investigación.

Así, *por sistema jurídico* se entiende el conjunto de las reglas de derecho aplicables a los sujetos de un determinado grupo social que, generalmente, aunque no necesariamente, está organizado en forma de Estado. A veces los sujetos del sistema son ajenos a los individuos, como ocurre en el caso del *sistema de derecho internacional público*. Los sis-

⁷⁵ Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 82.

temas jurídicos son, a su vez, agrupables en *familias jurídicas*, basándose en los profundos vínculos que históricamente existen entre ellos y que se manifiestan a través de estructuras jurídicas comunes. Piensese en los sistemas reconducibles a la familia del *civil law* (que tiene origen en la raíz romano-germánica) y en aquella del *common-law* (que se fundamenta, en cambio, en la historia del derecho inglés).

Por lo anterior, el jurista que quiera proceder a un análisis comparativo, partirá de una cuestión de orden reconstructivo: ¿cuáles son las normas jurídicas que regulan dentro del sistema jurídico A y dentro del B, el fenómeno alfa o la institución beta?

La localización de dichas reglas tiene que conducirse a través de una investigación de los distintos “formantes”⁷⁶ *del ordenamiento* A y del orde-

⁷⁶ Nota del traductor: hemos decidido utilizar los términos “formante” o “formantes” debido a que se emplean habitualmente en el lenguaje especializado de los comparatistas. El término, en su acepción lingüística, según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española de la Lengua significa: “Cada uno de los elementos de las palabras que le dan un significado gramatical o léxico”. Del latín *formare*, significa también: “Dar forma a algo; juntar o congregar personas o cosas, uniéndolas entre sí para que hagan aquellas un cuerpo y estas un todo”. Utilizado en el campo del derecho comparado significa algo cercano a: lo que moldea, da forma, constituye, o modela al derecho en profundidad.

namiento B, con relación a la cuestión objeto del estudio.

La expresión “*formantes*” del ordenamiento, tomada en préstamo de la fonética, la ha utilizado Rodolfo Sacco⁷⁷ para indicar a los diferentes *conjuntos* de reglas y proposiciones que, en el ámbito del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo. En los ordenamientos contemporáneos, los “formantes” principales son: la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es decir, el conjunto de disposiciones adoptadas por el legislativo; el conjunto de opiniones expresadas por los doctos de las leyes; y el conjunto de decisiones de los jueces.

Sacco pone de relieve, de manera puntual, que en el interior de cada ordenamiento las *reglas legales, proposiciones doctrinales, máximas jurisprudenciales* y también los “criptotipos”⁷⁸ (esto es,

⁷⁷ Sacco, R., “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, núm., 2, vol. 39, 1991, pp. 343 y ss; *id, op. cit.*, nota 53, pp. 43 y ss.

⁷⁸ Nota del traductor: los términos “criptotipo” o “criptotipos” no existen en lengua española. Los utilizamos para que no se pierda la fuerza expresiva que contienen y que el autor ha querido mantener mediante su uso. En nuestra lengua podrían significar, aproximadamente: tipo, tipos o elementos escondidos u ocultos. En el lenguaje especializado, como lo aclara el autor, significan el o los formantes no estructurados a

“formantes” diferentes de aquellos que se enuncian de manera expresa), representan los diferentes entramados a los que el jurista positivo acude a efecto de determinar la regla del caso concreto; el *derecho viviente*, por tanto, se extrae de los diferentes “formantes”: del “formante” legal, del “formante” jurisprudencial y del “formante” doctrinal.

La idea dominante en el jurista que opera al interior de cada uno de los ordenamientos es buscar “la sola verdad jurídica, la que tiene su fuente en la ley y que viene fielmente reconstruida por la doctrina y aplicada por la jurisprudencia”,⁷⁹ en otras palabras, el principio de *unicidad de la regla del derecho* genera en el jurista el convencimiento de que la regla legal, la regla doctrinal y la regla jurisprudencial tienen el mismo contenido y que son, por eso mismo, intercambiables. Donde fuese percibida una deformidad, ésta sería imputable a un error del intérprete.

Ahora, éste *iter* lógico, observa Sacco, no es susceptible de extenderse al análisis comparativo del derecho. El comparatista que se coloca frente al derecho extranjero no tiene el pleno dominio de los

nivel legislativo; es decir, aquél conjunto de condicionamientos que emanan de la cultura, la *praxis*, los modos de interpretación, etcétera.

⁷⁹ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 45.

instrumentos culturales y jurídicos para descartar posibles interpretaciones equivocadas; más bien, la consideración de otros sistemas jurídicos muestra cómo los “formantes”, en el interior de cada sistema, se comportan de manera distinta.⁸⁰

La comparación no puede limitarse a comparar solo las leyes o solo las decisiones jurisprudenciales sin el conocimiento de los datos ofrecidos por el contexto; como por ejemplo, las tendencias de la jurisprudencia; las diversas concepciones a las que la jurisprudencia está sujeta, o las orientaciones dominantes en la doctrina.

Existen también “formantes” que, a diferencia de los arriba mencionados, no resultan de fórmulas enunciadas de modo expreso. Sacco define como “criptotipos” a aquellos modelos implícitos que están presentes en los diversos sistemas jurídicos y que actúan de modo penetrante en la demostración y decisión de cuestiones jurídicas; aun cuando no están enunciados expresamente se perciben y se transmiten entre las generaciones de juristas; “asumen, para el que los porta el carácter de cosa «obvia»”. Normalmente, un jurista que pertenece a un sistema determinado percibe mayor dificultad en librarse del conjunto de “criptotipos” presentes en su sistema, que en abandonar la regla de la que está

⁸⁰ *Ibidem*, p. 47.

plenamente consciente. Tal “sujeción a los «criptotipos» constituye la «mentalidad» del jurista de un determinado país; y la diferencia de mentalidad representa el principal obstáculo a la comprensión entre juristas de procedencia territorial diferente, algo que solamente se puede obviar con el ejercicio de la comparación a nivel sistemático e institucional”.⁸¹

Estas consideraciones evidencian los “costes” culturales que el comparatista encuentra dentro del proceder de su análisis, cuando a través de él se quiera perseguir el conocimiento más que la mera, aunque útil, información.

En esta perspectiva, la distinción propagada en la doctrina americana, entre “*law in the book*” y “*law in the action*”⁸² se demuestra como un reflejo

⁸¹ *Ibidem*, p. 128.

⁸² Bognetti recuerda que la distinción entre “*law in the book*” y “*law in action*” se formuló originalmente por sociólogos del derecho y estudiosos del realismo jurídico americano más de medio siglo atrás. *Cfr.* Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale*, *cit.*, nota 75, p. 85, nota 5. Véanse también las observaciones de Ascarelli, T., “Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato”, *Saggi di diritto commerciale*, Milán, Giuffrè, 1955, p. 508; Newmayer, K. H., “Law in the Books, Law in Action et les méthodes du droit comparé”, en Rotonda, M. (coord.), *Buts et méthodes du droit comparé*, Papua, Cedam, 1973, pp. 507 y ss.; Losano, M. G., *I grandi siste-*

de la teoría de los “formantes”. Con tal distinción se quiere poner de relieve que el grado de conocimiento al que llega la investigación comparativa depende de lo que los comparatistas comparen.

La comparación aparece vinculada al derecho que está en los libros cuando una investigación se conduce con base en fórmulas preceptivas que normalmente se enuncian expresamente en los textos normativos (el “derecho de los libros”) y cuya interpretación se vincula a la letra misma de sus fórmulas, sobre el presupuesto de que se trata del significado que verosíblemente les atribuyen los operadores jurídicos del ordenamiento al que pertenecen.

No siempre, incluso muy raramente, el dato normativo textual brinda un conocimiento real de las soluciones jurídicas ofrecidas por el ordenamiento. El paso en dirección de una comparación más profunda se da mediante el cotejo que se desarrolla con base en el “derecho en acción”, el denominado *derecho viviente*. Entra en juego, por tanto, el conjunto de significados que se asignan a las formulas normativas textuales en el momento de su aplicación a casos concretos por parte de autoridades asignadas al efecto por el ordenamiento.

mi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei, nueva edición, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 446.

El comparatista indaga el objeto de su estudio a través de las líneas de evolución de la jurisprudencia, la *praxis* administrativa, las orientaciones de la doctrina e, *incluso*, a través de aquellos elementos accesorios que considere útiles para una comprensión que no se limite a estudiar la superficie de un fenómeno jurídico, aun cuando para ello necesite recurrir a categorías e instrumentos de análisis propios de otras ciencias.

El terreno del derecho público comparado, y del derecho constitucional en particular, presenta algunos rasgos peculiares que merecen ser destacados.

El primer rasgo que objetivamente destaca es que las normas de rango constitucional expresan, en la mayoría de los casos, una decisión de fondo del ordenamiento al que pertenecen; es decir, expresan caracteres valiosos para determinar la identidad de un ordenamiento. Por ejemplo, forma de Estado y *bill of rigths*, división de poderes y forma de gobierno, descentralización o centralización del poder político, son cuestiones que expresan una opción política de fondo y que encuentran en la Constitución una respuesta en términos jurídicos. Por lo tanto no es (sólo) una solución jurídica que se informa bajo los criterios de eficiencia y eficacia; más bien, es una solución que responde a una precisa escala de valores civiles y políticos en los cuales el grupo social o la comunidad política, re-

conoce la matriz de su propia identidad y las razones de su propia unidad.

El derecho constitucional, además de derecho de la organización constitucional y derecho de las libertades, es también derecho del hecho político, es decir, derecho destinado a incidir y a dar voz al desarrollo disciplinado de la acción política.⁸³

Boris Mirkine-Guetzevich, a mitad del siglo pasado, resaltaba en términos bastante elocuentes este escenario al afirmar que:

...los estudios de derecho constitucional comparado nos enseñan la relatividad de los textos, de las fórmulas y de los dogmas. No son los textos los que crean las democracias; los hombres y las ideas, los partidos y los principios, los misticismos y los *slogans*, las costumbres y las tradiciones son los factores determinantes de un régimen. Los textos crean solamente algunas condiciones de desarrollo, de transformación y de realización política.

Concluía sosteniendo que “el examen de las praxis constitucionales permanece como la fun-

⁸³ Cfr. Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Padua, Cedam, 1999, p. 41 (traducción española, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004).

ción principal del derecho constitucional comparado”.⁸⁴

Giorgio Lombardi subraya que para un jurista sería muy difícil comprender las razones del funcionamiento de un sistema constitucional diferente al propio sin tener en cuenta la *fórmula política institucionalizada*.⁸⁵ Esta fórmula expresa “la esencia del sistema constitucional, localizándole sus elementos típicos y necesarios”; elementos que abrazan aspectos ulteriores respecto a la norma jurídica emergente de la Constitución y al modo como se le da aplicación. Por ello, no sería reconducible *tout-court* —siguiendo siempre a Lombardi— a aquel conjunto de actividades que Mirkine-Guetzevich ha llamado genéricamente *praxis*.

Por último, la comparación del derecho constitucional implica el estudio del derecho *vigente* en conjunción con el *derecho viviente*.⁸⁶ El conoci-

⁸⁴ Mirkine-Guetzevich, B., “I metodi di studio del diritto costituzionale comparato”, *Il Politico*, Milán, Giuffrè, núm. 2, 1951, p. 195.

⁸⁵ Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, Giuffrè, 1986.

⁸⁶ Nota del traductor: la doctrina italiana distingue entre el derecho *viviente* y el derecho *vigente*. El derecho *viviente* es el derecho que en un determinado momento histórico ha encontrado actuación efectiva. Representa la interpretación de una regla elegida conscientemente por sus operadores jurídicos.

miento profundo de este último demanda al comparatista adentrarse en terrenos no estrictamente jurídicos mediante un conjunto de instrumentos tomados en préstamo de otras ciencias.

II. LA “COMPARABILIDAD” O LAS CONDICIONES DE LA COMPARACIÓN: HOMOGENEIDAD O DIVERSIDAD

El dato de la *comparabilidad*, entendida como condición de la comparación, nace de la observación de las profundas diferencias que pueden desprenderse de los ordenamientos jurídicos. Naturalmente, las diferencias son la esencia de la comparación. Además, existen distancias entre ordenamientos jurídicos que de ser mal ponderadas podrían frustrar los objetivos científicos de la investigación.

Como es conocido, la doctrina comparatista ha considerado, en forma general, la *homogeneidad* entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a ordenamientos diferentes, como una condición de la comparación.⁸⁷

El derecho *vigente*, en cambio, es el derecho en vigor, aun cuando no siempre se sea aplicado.

⁸⁷ P. Legrand establece la cuestión de la *summa differentia*, esto es, de la irreductible diferencia entre las diversas tradicio-

Respecto a la homogeneidad entre ordenamientos, la opinión que ha sostenido que dicha homogeneidad presupondría su pertenencia a la misma forma de Estado ha sido criticada doctrinalmente. De hecho, se ha destacado que “el estudio comparado de ordenamientos heterogéneos esta perfectamente justificado en el cuadro de la ciencia comparatista”, teniendo en cuenta que la comparación entre ordenamientos encuadrados en formas de Estado diferentes impone “profundizar en los perfiles sustanciales de los ordenamientos constitucionales examinados”.⁸⁸

nes jurídicas europeas del *common law* y *civil law*. Véase *Le droit comparé*, París, Puf, 1999, pp. 39 y ss.

⁸⁸ *Cfr.* Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, *cit.*, nota 83, p. 33. Más de un autor ha puesto de relieve las dificultades de comparar el derecho de los estados socialistas con el de los países del mundo occidental. *Cfr.*, entre los muchos, Gorla, G., voz, “Diritto comparato”, *cit.*, nota 56, pp. 935 y ss.; *id.*, “Studio storico comparativo della Common Law e scienza del diritto”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civil*, Milán, núm. 1, 1962, pp. 29 y ss; Szabó, I., “Le buts e le méthodes de la comparaison du droit”, *Rapport général au IX Congrès International de Droit Comparé, Teheran, 30 août-6 septembre 1974*, Institut des Sciences juridiques et politiques de l’Académie des Sciences de Hongrie, Budapest, 1974. Sin embargo, la opinión preponderante va en el sentido de afirmar la posibilidad de comparar ordenamientos que tienen forma de Estado diferente, y/o diversa base económica: *cfr.* Ancel, M., “La confrontation des droits socialistes et des droits occiden-

Hay que destacar, sin embargo, que en el momento en que se estudian temas específicos como por ejemplo, la forma de gobierno, y se conciben las notables implicaciones que la forma del Estado presupone para la forma de gobierno,⁸⁹ resulta muy poco útil “comparar y clasificar estructuras y relaciones interorgánicas incluidas en sistemas o formas de Estados diferentes”.⁹⁰

De todas formas, debe convenirse en el hecho de que, en líneas generales, “todos los sistemas pueden ser comparables entre ellos a condición de comprender, antes que las analogías, las diferencias de fondo”.⁹¹

Un instrumento interesante que puede ofrecer la medida de la remuneración científica de una investigación comparativa es el denominado *tertium comparationis* o *modelo de referencia del juicio*

taux”, en Péteri, Z. (coord.), *Legal Theory, Comparative Law: Studies in Honour of Imre Szabó-Théorie du droit, droit comparé: études en l'honneur du professeur Imre Szab*, Budapest, Akad. Kiadó, 1984; Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, pp. 20 y ss.; Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 75.

⁸⁹ Mortati, C., *Lezioni sulle forme di governo*, Papua, Cepadam, 1973, pp. 4 y ss.

⁹⁰ Elia, L., voz, “Governo (forme di)”, *Enciclopedia del diritto*, Milán, Giuffrè, XIX, 1970; extracto, Milán, Giuffrè, 1985, p. 7.

⁹¹ Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 38.

comparativo.⁹² Dado que la comparación implica una operación intelectual que, según un tiempo lógico, desarrolla el análisis de reglas o instituciones que pertenecen a ordenamientos diferentes, parece de utilidad determinar, o simplemente enunciar, un *modelo de referencia* que actúe como *tertium comparationis* en el cotejo entre *comparatum* (lo que viene comparado) y *comparandum* (lo que se debe comparar).

Este modelo puede entenderse como *Rechtstypus* (tipo jurídico), individualizado a través de la comparación y que, por ende, porta consigo características comunes de un conjunto de ordenamientos; o bien como *Rechtsideal* (tipo ideal o ideal jurídico) es decir, como aquel modelo que responde a algunos arquetipos ideales o a “lo que debe ser” (*das Sein-Sollende*).⁹³ Ciertamente es un modelo teórico, abstracto y externo al derecho positivo. En otras palabras, es un modelo que no describe esta o aquella realidad jurídica, elevándola a prototipo o modelo ejemplar.

⁹² Cfr. Vergottini, G. de, *op. cit.*, nota 83, pp. 53 y ss., con amplia bibliografía.

⁹³ Cfr. Radbruch, G., “Über die Methode der Rechtsvergleichung”, *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1905-1906, II, pp. 423 y ss., traducción italiana “Sul metodo comparativo”, *Rassegna di diritto civile*, Nápoles, Esi, núm. 2, 1997, pp. 477 y ss.

Su utilidad, por lo tanto, está en ofrecer al comparatista un parámetro de referencia con base en el cual expresar sus propias evaluaciones críticas sobre los términos de la comparación (*comparatum* y *comparandum*), llegando así *al juicio comparativo*. Representa, al mismo tiempo, un parámetro de evaluación preliminar de las condiciones de homogeneidad entre los términos de la comparación. De hecho, el cotejo de las reglas o las instituciones que hay que comparar con el modelo asumido como parámetro evidencia la subsistencia o no de las condiciones de la comparación.

Pasando a otro perfil, que no obstante no se aleja del argumento tratado hasta ahora, hay que destacar que una de las clásicas distinciones en que hacen hincapié los maestros del derecho comparado es aquella entre derecho extranjero y derecho comparado, advirtiendo que el estudio de derecho extranjero —es decir *otro*, diferente del propio ordenamiento estatal al que pertenece el autor, considerado, por lo tanto, *conocido*— constituye de por sí *el presupuesto*⁹⁴ de la comparación (el

⁹⁴ Cfr. entre los escritos de Gorla, G., “Prolegomeni a una storia del diritto comparato europeo”, en R. Sacco (coord.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 284; de forma análoga, Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6a. ed.,

medio respecto al fin), pero no hay que confundirlo con él.⁹⁵ El examen comparado del derecho —siempre según esta opinión— sigue la fase del conocimiento del derecho extranjero (desconocido) y se concreta en la comparación con otro derecho (generalmente, el derecho del autor) con el objetivo de observar las semejanzas y las diferencias.

La cuestión ha suscitado con frecuencia cierto debate entre los comparatistas. Dimitra Kokkini, en ocasión del Reporte sobre los aspectos metodológicos del derecho comparado, presentado en la reunión de la Asociación Holandesa de Derecho Com-

revisada, Milán, Giuffrè, 1988, p. 17; Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, cit., nota 83, p. 28.

⁹⁵ Cfr. Knapp, V., *La scienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1978, p. 96; Costantinesco, L. J., *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, II, 1974, p. 125; H. A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, París, LGDJ, 1978, pp. 197 y ss.; Rotondi, M., voz, “Diritto comparato”, *Novissimo digesto italiano*, Turín, Utet, V, 1960, p. 823; Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1949, pp. 117 y ss.; Ancel, M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, traducción italiana, *Utilità e metodi del diritto comparato: elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Nápoles, Jovene, 1978; Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, pp. 73 y ss.

parado de 1985,⁹⁶ sostuvo un punto de vista rígidamente ortodoxo: sólo la comparación entre una pluralidad de sistemas de derecho será digna de ser calificada como “derecho comparado”. Según la autora, el estudio del derecho extranjero carente de elementos comparativos explícitos tiene relevancia en el ámbito de otras ramas de la investigación jurídica.⁹⁷

En cambio, el mismo Lombardi rechaza la *acusación* que se infiere al estudio del “derecho extranjero” en cuanto es “presupuesto necesario” del análisis comparado, manifestando su escepticismo en orden a la ecuación *derecho extranjero = dere-*

⁹⁶ Cfr. Boele-Woelki, K. *et al.* (coords.), *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, *passim*.

⁹⁷ Años después del Informe citado, la misma Kokkini-Iatridou, en el primer capítulo de su *Introduzione alla ricerca giuridica comparata*, acepta calificar el estudio del derecho extranjero como *derecho comparado implícito*; sin embargo, rechaza la idea de una *comparación interna* en referencia a la hipótesis en donde se confrontan dos fenómenos jurídicos análogos que pertenecen a dos ramas diversas del derecho vigente en un mismo ordenamiento. Cfr. Kokkini-Iatridou, D., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Amsterdam, Tilbourg, Kluwer-Deventer, 1988, p. 5.

*cho desconocido, derecho propio = derecho conocido.*⁹⁸

El estudio del derecho extranjero representa la *condición lógica* de la comparación. Pero no es comparación en sentido propio y completo. Al contrario, ésta fase de estudio de uno de los términos de la comparación presenta notables obstáculos; piensese en el peligro de transferir al derecho extranjero los estilos, los conceptos, las maneras, o las actitudes mentales del propio derecho de origen.⁹⁹

Aquí se encuentra, por tanto, la necesidad de completar el procedimiento intelectual de la compa-

⁹⁸ Cfr. Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 31, según el cual “conocer el derecho *extranjero* (o *externo*, o “desconocido todavía”) es, por tanto, comparación, porque representa la primera operación mental, esto es, la “construcción” o “reconstrucción” de uno de los términos (que pueden ser múltiples, en el tiempo y en el espacio) del cotejo”. Rechaza esa opinión Pizzorusso, A., *Corso di diritto comparato*, Milán, Giuffré, 1983, pp. 99 y ss., que en cambio parece acoger la distinción entre estudio del derecho comparado y estudio del derecho extranjero, en cuanto afirma “El derecho comparado se distingue... de cualquier otra disciplina por el hecho de asumir como objeto de estudio propio la pluralidad de ordenamientos jurídicos actualmente operantes...”. Véanse también las observaciones de Pegoraro, L., *Le leggi organiche. Profili comparatistici*, Padua, Cedam, 1990, pp. 4 y ss.

⁹⁹ Desvela este peligro Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato, cit.*, nota 85, p. 31.

ración, que con la reconstrucción del derecho extranjero provee el primero de una serie de pasos. Quedándose en este primer paso no se hace comparación sistemática sino mera *información comparativa*. No es de extrañar que dentro de los estudios de derecho nacional se aporten ejemplos tomados de ordenamientos extranjeros; incluso que a veces se deje cierto espacio a la investigación sobre la experiencia jurídica extranjera.

Se omite, empero, aquel procedimiento racional y sistemático que se dirige a clarificar las relaciones existentes entre los diferentes términos de la comparación. En otras palabras, nos encontramos en estos casos frente a una simple exposición de noticias e informaciones sobre un ordenamiento jurídico extranjero, con funciones “ornamentales” respecto al objeto principal de la investigación.¹⁰⁰

III. DIFERENTES NIVELES DE COMPARACIÓN

La investigación comparativa puede conducirse en diferentes niveles; el arsenal de instrumentos para cada uno de ellos puede variar en razón de sus finalidades.

¹⁰⁰ Véase Constantinesco, J. L., *Die rechtsvergleichende Methode*, Band II, *Rechtsvergleichung*, Colonia, Carl Heymanns-Verlag, 1972, traducción italiana *Il metodo comparativo*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 11.

La primera gran distinción que debe hacerse es aquélla entre el nivel *general* de la comparación, articulado con base en la estructura común del discurso comparativo, y el nivel *propio* de los diversos sectores de la experiencia jurídica, como por ejemplo el derecho público comparado, donde la metodología de la investigación incorpora instrumentos peculiares de la rama misma.

Con un fin preponderantemente cognoscitivo pueden individualizarse dentro de la categoría general diferentes *sub-niveles*, cada uno de los cuales, a parte de poder descubrirse en niveles sectoriales, fuerzan al comparatista a valerse progresivamente de instrumentos cognoscitivos y de investigación apropiados:

a) Comparación *interna* (entre dos o más sistemas de derecho que pertenecen a un solo sistema social, de la misma familia jurídica o de un mismo Estado federal o regional), y *externa*;

b) Comparación *nacional* (entre un número limitado de sistemas jurídicos de diversos países) e *internacional* (que tiende a la búsqueda de una ciencia jurídica universal, y por lo tanto, se conduce en un radio bastísimo);

c) Comparación jurídica en *sentido restringido* (que asume como objeto únicamente al derecho vigente, el denominado *law in the book*) y en *sentido*

amplio (que extiende la investigación hasta considerar los factores del contexto, cuya naturaleza es capaz de influenciar las diferencias y las identidades existentes entre los sistemas comparados);

d) Comparación *horizontal* (entre instituciones jurídicas ubicadas al mismo nivel en la jerarquía normativa de Estados diferentes) y *vertical* (cuando el nivel jerárquico no sea el mismo, como en el caso del cotejo entre normas de derecho interno de los Estados miembros y normas del ordenamiento federal, donde exista una *supremacy clause*);

e) Comparación *sincrónica* (cuando se contrastan ordenamientos cercanos en el tiempo o contemporáneos, aunque lejos en el espacio) y *diacrónica* (con la que se desarrolla una investigación comparativa entre derechos lejanos en el tiempo pero en el ámbito del mismo ordenamiento; por ejemplo, cuando se confrontan las disposiciones del Estatuto Albertino con aquellas de la Constitución italiana, o de la Constitución de Cádiz con aquellas de la Constitución española de 1978 en orden a una misma institución); no falta, por otro lado, quien observa que realmente tal distinción puede reconducirse a aquella entre el *derecho comparado* y la *historia del derecho*,¹⁰¹

¹⁰¹ Cfr. Losano, M. G., *op. cit.*, nota 82, pp. 446 y ss., véase epígrafe 9.

f) *Macro-comparación* (entre los elementos basilares de la estructura de sistemas jurídicos diferentes) y *micro-comparación* (entre cada segmento particular de los ordenamientos que se ponen a comparación).

Conviene ahora poner de relieve que las distinciones entre los diferentes niveles de la comparación, si bien pertenecen al derecho comparado general, son igualmente aplicables a la esfera del derecho público comparado.¹⁰²

Sin embargo, merece ilustrarse de mejor manera la distinción entre micro-comparación y macro-comparación a la luz de algunas aportaciones teóricas.

IV. MICROCOMPARACIÓN, MACROCOMPARACIÓN. LA TEORÍA DE LOS “ELEMENTOS DETERMINANTES”

En las investigaciones de derecho comparado, como se ha visto, la denominada macrocompara-

¹⁰² A propósito de los diversos niveles de comparación, acúdase a las observaciones de Konijnenbelt, W., “Discours de la methode en droit public comparé”, en Boele-Woelki, K. *et al.* (coords.), *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, *cit.*, nota 96, pp. 121 y ss.

ción se distingue generalmente de la microcomparación.

Desde la etimología de las dos palabras se intuye la diferencia entre los dos tipos de actividad. La microcomparación tiene por objeto instituciones particulares, actos, procedimientos, funciones, entidades, derechos, poderes, deberes, etcétera, que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos. La premisa para la comparación y la verificación de analogías y diferencias es la conciencia de que el objeto de estudio puede ser comparado. Por eso, en primer término, es necesario tener al menos un conocimiento superficial de la materia, capaz de captar la atención del estudioso, pero suficiente también para no inducirlo al error de comparar “cosas” no comparables.

La dimensión lingüística, a este propósito y en primer lugar, asume una relevancia particular.¹⁰³ Es fácil dejarse llevar por el engaño de la asonancia de palabras que tienen una raíz común pero que en épocas o en ordenamientos disímiles expresan significados diferentes. Un ejemplo está representado por las leyes orgánicas (“leggi organiche” en italiano, “lois organiques” en francés), que en Francia, España, Rumania y en algunos países de América Latina representan una categoría de leyes apro-

¹⁰³ Sobre esto, véase el apartado VIII.

badas con procedimientos especiales que afectan a materias particularizadas de la Constitución, pero que en otros ordenamientos son (o eran) simplemente leyes ordinarias que tratan “orgánicamente” una materia.¹⁰⁴

En segundo lugar, prescindiendo de la raíz común del *nomen*, es arriesgado acercar mediante la microcomparación instituciones que operan en familias jurídicas o formas de Estado diferentes aunque, aparentemente, la estructura es similar o similares son las funciones que desarrollan. Es el caso, por ejemplo, del *ombudsman* escandinavo, que puede estudiarse en paralelo con el *defensor del pueblo* español, pero con la *procuratura* soviética puede hacerse sólo a costa de forzar peligrosamente las cosas. En los ordenamientos del comunismo, de hecho, organismos como éste actuaban en contextos totalmente diferentes de aquellos que caracterizan la forma del Estado liberal-democrática a la que pertenece Suecia, Noruega, Dinamarca, España, pero por supuesto no la ex Unión Soviética y sus satélites.

El estudio microcomparativo no excluye —que quede bien claro— que la investigación pueda adentrarse *más allá* de la forma del Estado o de la familia jurídica, aun cuando en tal caso la sensibilidad del estudioso deba ser mayor. No obstante,

¹⁰⁴ Cfr. Pegoraro, L., *op. cit.*, nota 98, *passim*.

partiendo de un conocimiento primordial (que como se ha dicho permite empezar la investigación siendo consciente de comparar “cosas” comparables), y una vez identificadas las raíces comunes (lingüísticas, estructurales, funcionales), buscará no solamente confirmar las similitudes, sino sobre todo las divergencias que se registran y las diferencias en sus desarrollos (legislativos, jurisprudenciales, etcétera), a la luz del contexto global de los ordenamientos en los que opera la institución investigada.

El estudio macrocomparativo se propone finalidades completamente diferentes, como diferentes son sus premisas: aquí, la referencia de partida es la existencia de diferencias (de diferencias a veces profundas), que no excluyen la comparación, pero contrariamente, constituyen su misma razón de ser.

En particular, el estudio macrocomparativo ambiciona crear clasificaciones y desarrollar modelos. A este nivel de la comparación están en juego las estructuras basales de los ordenamientos, por ejemplo: el sistema de las fuentes y de las normas sobre su producción; el rol que en el interior de cada ordenamiento asumen los “formantes” legal, jurisprudencial y doctrinal; los principios fundamentales que presiden la disciplina de los grandes sectores en los que se articulan los ordenamientos; los valores fundamentales que surgen de la opción

política de origen y que permean al sistema de los ordenamientos considerados.

Por mucho que se puedan usar fórmulas lingüísticas como “macro” y “micro”, que evocan medidas apreciables en el plano económico o de las cantidades, es bastante evidente que su intención es hacerse de un criterio que distinga por contenidos los temas de la comparación.

La teoría de los elementos “elementos determinantes” de Léontin Jean Constantinesco arroja luz sobre esta perspectiva.¹⁰⁵ Según el conocido estudioso, es necesario partir de la idea de que un ordenamiento está determinado por la suma de normas, principios, conceptos jurídicos e instituciones que regulan las relaciones de un grupo social. Los componentes del ordenamiento son como las células de un organismo; son las “partículas jurídicas elementales” que los juristas normalmente consideran como una unidad de igual valor. En realidad, para conocer un ordenamiento jurídico no es suficiente sumar el conocimiento, por minucioso que sea, de cada partícula que lo compone; es necesario tener claro el rol y la posición que algunas de esas partí-

¹⁰⁵ La teoría se ilustra en Constantinesco, L. J., *Introduzione al diritto comparato*, cit., nota 13, pp. 223 y ss.; sin embargo, una exposición más articulada se halla en *id*, *Traité de droit comparé*, París, LGDJ, 1972, II, pp. 81y ss.

culas tienen al interior del ordenamiento. Según esta perspectiva, las “partículas jurídicas elementales” están articuladas en un orden jerárquico y vertical, y no igualitario u horizontal.

Ese orden tiene su matriz en el sistema de valores en que se basa el ordenamiento jurídico, reflejando principalmente en aquellas “partículas jurídicas elementales” que, en razón de él, conforman la estructura fundamental del ordenamiento o su estructura genética, esto es, aquella parte que dicta los rasgos de identidad de un ordenamiento.

Constantinesco denomina las “partículas jurídicas elementales” como “elementos determinantes”; en torno a ellos existen todos los demás componentes del ordenamiento, una multitud de partículas que el autor llama “elementos fungibles”.

Ahora, de forma más analítica, debe subrayarse que mientras de un lado todos los componentes del ordenamiento tienen un valor técnico-jurídico y, por lo tanto, bajo este perfil la distinción entre partículas jurídicas determinantes y fungibles no presenta implicaciones, por otro lado, sólo las determinantes expresan, individual y conjuntamente, el sistema de principios, de valores y las finalidades últimas del orden jurídico en cuestión. Sólo ellas diseñan la identidad y la específica individualidad del ordenamiento; le trazan la morfología fijando sus estructuras fundamentales, terminando por cons-

truir así el núcleo central alrededor del cual se ordenan y articulan las otras partículas elementales, los llamados “elementos fungibles”, que absorben un rol técnico limitado a la regla o a la institución jurídica considerada y que están despojados de cualquier valor ideológico y teleológico. En otras palabras, completan el ordenamiento pero no determinan su identidad.

Si se acoge la teoría de Constantinesco, resulta más fácil —sobre la huella del mismo autor— observar las distinciones entre microcomparación y macrocomparación.

La microcomparación tiene que ver con reglas e instituciones jurídicas que pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes; está dirigida al examen del fenómeno jurídico seccionado y reducido a sus células elementales. Se trata de un examen microscópico capaz de ofrecer a la investigación científica una infinidad de microresultados; una infinidad de observaciones interesantes, de dimensiones técnicamente relevantes, pero que en su conjunto aparecen como fragmentos de un conocimiento carente de un orden, de una graduación o de una clasificación científicamente relevante.

Si, por el contrario, se pretende advertir el fenómeno jurídico en sus estructuras fundamentales y específicas, es necesario cambiar el ángulo visual

y el objeto de la investigación. Es necesario pasar a la macrocomparación.

La macrocomparación se dirige a subrayar las estructuras características y morfológicas que delimitan la identidad propia de un ordenamiento; el objetivo de este tipo de investigación consiste en poner orden en la multitud de sus elementos; reconstruir, aunque sea en términos exclusivamente teóricos, los sistemas, las familias jurídicas y elaborar clasificaciones a fin de explicar la pluralidad de hechos jurídicos a través de la unidad de las normas.

El mismo Constantinesco apoya en la distinción macro/microcomparación la cualificación de la ciencia y el método del derecho comparado. La macrocomparación funda la ciencia del derecho comparado; la microcomparación ofrece los instrumentos del método. “El método comparativo es el método de la ciencia de los derechos comparados. Es a través de los resultados parciales obtenidos como el primero permite a la segunda ser edificada. Lejos de confundirse, los dos elementos se distinguen; pero lejos de rechazarse, se complementan”.¹⁰⁶

Para el estudioso del derecho público comparado resulta interesante la enumeración de los “elementos

¹⁰⁶ Constantinesco, L. J., *Introduzione al diritto comparato*, cit., nota 13, p. 222.

determinantes” ofrecida por el mismo Constantinesco. El autor subraya que la enumeración no debe entenderse en términos taxativos, siendo posible la existencia de ulteriores “elementos determinantes” específicos de concretos ordenamientos; los indicados por el autor tienen, por lo tanto, un carácter general. Son:

a) La “concepción” y el “papel del derecho” en el ámbito del ordenamiento considerado.

b) La “ideología” y la “doctrina”, oficiales o no, que inciden sobre el derecho y determinen sus relaciones con el poder.

c) Las relaciones entre el “dato” (la realidad socio-económica-política-histórica) y lo “edificado” (el edificio jurídico que se le sobrepone). Relaciones que en los ordenamientos de tipo europeo y angloamericano son sensibles a múltiples variables que determinan su difusa incertidumbre.

d) La “Constitución económica” vigente en el ordenamiento jurídico. Constitución que domina los problemas de la propiedad, la libre circulación de los bienes, la autonomía de los particulares, la libre iniciativa económica, los contratos y las obligaciones.

e) La “concepción” y el “rol del Estado”; éste elemento se integra con el sucesivo.

f) La idea dominante, relativa a las “funciones del Estado”, a sus relaciones con el derecho (Estado de derecho), al principio de unidad y pluralidad del poder, a la relación entre autoridad y libertades fundamentales; en definitiva, a la *forma de Estado*.

g) El sistema de “las fuentes del derecho”.

h) La “interpretación de las leyes y del derecho”, la posición del juez y su papel en la interpretación.

i) Las “nociones” y las “categorías jurídicas fundamentales”, como aquellas que distinguen a los ordenamientos de *civil law* de aquellos de *common law*.

Más adelante Constantinesco denota aquellas que considera las cualidades esenciales de los “elementos determinantes”, es decir: la unicidad (al interior del ordenamiento cada “elemento determinante” es único); el hecho de ser insustituible (el ordenamiento jurídico dejaría de ser él mismo si fuese sustituido uno solo de sus “elementos determinantes”); el carácter determinante (o sea, la capacidad de influenciar directa o indirectamente la totalidad o la mayor parte de las otras partículas); finalmente, la complementariedad (el estrecho vínculo que liga uno a otro, por lo que la mutación de uno solo de sus “elementos determinantes” incide en la subsistencia de los demás).

A diferencia de los determinantes, los “elementos fungibles” representan una de las muchas soluciones técnicas posibles (no tienen, por tanto, carácter de unicidad); son libremente sustituibles y no presentan un vínculo de recíproca complementariedad por el hecho de tener una relación débil y accidental con el ordenamiento.

Parece, de esta forma, que la teoría de los “elementos determinantes” de Constantinesco tiene la cualidad de ofrecer una perspectiva sustancialmente fundada del objeto de la investigación comparativa del derecho.

Se podrá discutir sobre la enucleación de aquellos que él califica “elementos determinantes” de un ordenamiento jurídico; algunos parecerán redundantes; otros estarán ausentes.

No obstante, debe compartirse el rechazo de aquella perspectiva comparatista que estima que los componentes del ordenamiento jurídico se encuentran dotados de un único y homogéneo valor: el técnico-jurídico. Desde el ángulo visual del derecho público comparado, cuyo objeto principal se representa generalmente por normas nada extrañas a las decisiones que fundan la identidad del ordenamiento, no es de poca monta evidenciar que los “elementos determinantes” de la teoría de Constantinesco evocan, en su mayor parte, temas de derecho público y constitucional.

V. MODALIDADES DE ACERCAMIENTO A LA COMPARACIÓN

Brevemente queremos considerar ahora algunas de las principales modalidades de aproximación a la comparación del derecho.

Según una perspectiva tradicional, la comparación puede conducirse con base en el *método problemático* o al método *casuístico* (respectivamente, “*problem method*” y “*case method*”).

Puesto que ambos muestran una cierta eficacia a condición de que se asegure su coherencia con los datos a comparar, hay que decir que el *problem method* parte del problema jurídico sustancial, dejando en segundo plano cuestiones conceptuales o categorías lógicas. El *case method*, por el contrario, ubica en el centro el estudio de casos judiciales de uno o más derechos extranjeros para verificar las soluciones ofrecidas por los diversos ordenamientos.¹⁰⁷

En relación con esto último, a finales de la década de los cincuenta en los Estados Unidos, el profesor R. Schlesinger organizó y dirigió los conocidos *Cornell Seminars* (1957-1968). Se trató de una investigación comparatista sobre la formación de los contratos que se valió de un nuevo método: el

¹⁰⁷ Cfr. Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 35.

llamado *factual approach*. El asunto teórico que se encuentra en su base se refiere a que los *hechos* son comparables.

Según este método, los juristas provenientes de países y sistemas distintos pueden debatir partiendo de las identidades halladas entre las respectivas experiencias en orden a un cierto hecho jurídico; los datos empíricos concretos resultan más fácilmente describibles por los juristas que provienen de lugares diferentes, de cuanto podría en cambio entenderse sobre términos y conceptos jurídicos referidos a instituciones de los sistemas nacionales.¹⁰⁸ El método, que debe haber producido resultados interesantes dentro de la investigación comparada del derecho privado, no ha tenido las mismas consecuencias dentro de los estudios de derecho público comparado.

Las experiencias comparativas gestadas del otro lado del océano no agotan con esto su capacidad de sugestión. Muchos estudiosos, sobre todo en la década de los noventa, han subrayado la necesidad de un acercamiento más amplio al estudio del derecho

¹⁰⁸ Schlesinger, R. B. (coord.), *Formations of Contracts. A Study of the Common Core of Legal Systems*, Nueva York, Dobbs Ferry, 1968, vol. 2. Sobre el *factual approach* véanse las consideraciones favorables de Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, *cit.*, nota 53, pp. 53 y ss. Crítico, en cambio, Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, pp. 31 y ss.

comparado bajo el convencimiento de que no es suficiente limitarse al análisis de las reglas (sean entendidas como *law in the book* o como *law in the action*).

Según esta perspectiva, al “*law as rules approach*” debe anteponerse un acercamiento fundado sobre el *legal discourse*, es decir, sobre aquel conjunto de elementos que caracteriza el modo de trabajar del jurista con su propio derecho y que explica las razones de aquellas modalidades.¹⁰⁹

En la tradición de los comparatistas se privilegia el *functional approach*, o sea, el análisis que pone al centro la función de la regla jurídica o de la institución y sobre esa base mide el grado de homogeneidad entre los términos de la comparación.

Este método —según los teóricos del *legal cultures approach*— tiene el defecto de no considerar la cultura jurídica del derecho diferente al propio y de basarse sobre sus propias categorías jurídicas. El nuevo acercamiento a los estudios comparativos del derecho utiliza conceptos clave como “tradicción”, “mentalidad”, “cultura”. Por lo tanto, según este modo de aproximarse a la comparación, el de-

¹⁰⁹ Cfr. Hoecke, M. van y Warrington, M., “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, núm. 3, 1998, pp. 495 y ss., y su amplia literatura.

recho y la comprensión del mismo implican conocimientos mucho más amplios de aquellos que se adquieren con la lectura de las disposiciones normativas y las decisiones jurisprudenciales. En otras palabras, el derecho no puede ser comprendido si no se coloca en su propio contexto histórico, socio-económico, psicológico e ideológico. Esto significa, ciertamente, un modo diferente de presentar el análisis comparativo del derecho respecto a la doctrina tradicional limitada principalmente a la descripción, a la yuxtaposición y a la sistematización de reglas y juicios.

La teoría de la *disociación fundamental entre reglas y discursos jurídicos* refleja las pretensiones de esta corriente de opinión.¹¹⁰ El caso paradigmático que ilustra los fundamentos de la teoría en concreto es *In Re Shoop*, decidido por la Corte Suprema de Filipinas en 1920.

Expliquémoslo de forma breve: de conformidad con la Ley del estado de Nueva York, un ciudadano que haya ejercido al menos cinco años la profesión de abogado puede pedir su admisión a la asociación de profesionales sin sustentar un examen.

¹¹⁰ Para una exposición de la teoría, *Cfr.* Mattei, U. y Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padua, Cedam, 1997, pp. 23 y ss. En la literatura americana, acúdase a Schlesinger, R. B. *et al.* (coords.), *Comparative Law*, 5a. ed., Foundation Press, Mineola, 1988, pp. 229 y ss.

La condición es que la experiencia quinquenal haya madurado en un sistema “fundado sobre los principios del *common law* inglés”. Un abogado de Nueva York, invocando el mutuo reconocimiento internacional previsto en los tratados entre Estados Unidos y Filipinas, había solicitado la admisión sin examen a la asociación profesional de abogados en Filipinas, abriendo con esto la recíproca posibilidad para que los abogados filipinos fuesen admitidos al orden profesional americano.

La cuestión central era si se reconocían o no los caracteres del sistema de *common law* al ordenamiento jurídico de Filipinas.

El cuadro general del ordenamiento jurídico de aquel país mostraba un sistema que fundaba su tradición en el derecho español pero que, a partir de finales del siglo XIX, había sufrido la influencia del derecho estadounidense, abriéndose a la “importación” de reglas, principios y doctrinas del *common law*. La misma formación universitaria del jurista, por no hablar de la organización de los tribunales, había sido conformada de acuerdo al modelo estadounidense.

La Corte Suprema consideró que la educación del jurista, la organización de la justicia y consecuentemente el modo de razonar y de interpretar las fuentes, esto es *el legal discourse*, fueron elementos preponderantes en la determinación del ca-

rácter del sistema y de su pertenencia a las familias del *common law*, y no el carácter formal del sistema de las fuentes que estaba claramente vinculado al modelo romanista.

La decisión en el caso *In Re Shoop* potenció la afirmación de una visión del derecho que no se vincula solamente a las reglas: el derecho entendido en su dimensión de *discurso jurídico*.

Esta dimensión abraza *las categorías lógicas* necesarias para distinguir a los sujetos; los *conceptos* que definen los sujetos del sistema; las *elaboraciones conceptuales y argumentativas* que explican técnicamente o ideológicamente (*opinions, doctrines*) las reglas y las soluciones jurídicas.

El concepto de *law as culture* enfatiza la idea del derecho entendido como *legal culture*, es decir aquella “manera específica en la que los valores, las praxis y los conceptos están integrados en la acción de las instituciones legales y en la interpretación de los textos legales”.¹¹¹

En el plano de la investigación comparativa esta aproximación tiene algunas consecuencias relevantes porque, en primer lugar, justo con base en los cri-

¹¹¹ Bell, J., “Comparative Law and Legal Theory”, en Kra-wietz, W. *et al.* (coords.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 70.

terios asumidos se vuelve a formular la clasificación de los sistemas jurídicos basada en las diferentes *cultural families*, que estarían agrupadas en dos grandes componentes: *western legal culture* y *non-western legal culture*. Al interior de esta última se distinguen tres áreas ulteriores: *asian legal culture*, *islamic legal culture* y *african legal culture*.

En segundo lugar, es conveniente distinguir, en el plano de las modalidades y de los objetivos de la investigación comparativa, entre *intra-cultural comparison*, o sea, entre sistemas legales que pertenecen a la misma familia cultural, y *cross-cultural comparison*, es decir, entre sistemas que pertenecen a las diversas culturas legales.

En tercer lugar, quizá debamos evidenciar que todo aquel que intentase acercarse a una comparación *cross-cultural*, no podría hacerlo de forma razonable si no estuviese dotado de instrumentos del análisis antropológico y sociológico.

Por último, esta vez desde el ángulo visual del derecho público comparado, puede observarse que: de un lado, el estudio de temas del derecho constitucional en términos comparativos impone, como ya hemos visto, la *apertura* a componentes adicionales a las reglas, sean *vigentes* o *vivientes*; por lo tanto, dicha apertura no sería una novedad. Por otro lado, aunque somos conscientes de las deudas que el estudio del derecho comparado tiene

frente a otras ciencias, y de la necesidad de un acercamiento interdisciplinario para los fines que se persiguen con el conocimiento del fenómeno jurídico, subsiste el hecho de que el jurista, si es tal, difícilmente será al mismo tiempo sociólogo o antropólogo. Tal vez por ello podría adelantarse pacíficamente la hipótesis de que algunas investigaciones comparativas, precisamente por su perspectiva (por ejemplo, la comparación *cross-cultural*), se dejen a los estudiosos de las ciencias sociológicas y antropológicas.

VI. CLASIFICACIONES

En el ámbito de las ciencias sociales, al igual que en aquellas de la naturaleza, uno de los objetivos principales¹¹² es clasificar: esto es, reagrupar según las semejanzas y las diferencias, familias, sistemas, ordenamientos jurídicos e instituciones propias de ordenamientos en apariencia similares.

¹¹² “Prioritarios”, nos recuerda Vergottini, G. de, *op. cit.*, nota 83, p. 58. Sobre las clasificaciones en general, véase, además, Ancel, M., *Utilità e metodi del diritto...*, *cit.*, nota 95; David, R. y Jauffret-Spinosi, C., *I grandi sistemi giuridici*, *cit.*, nota 12; Zweigert, K. y Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung. Band 1: Grundlagen*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1984, traducción italiana *Introduzione al diritto comparato*, vol. I: *Principi fondamentali*, Milán, Giuffrè, 1998, *passim*.

La observación de Malmeström, recogida por Pizzorusso,¹¹³ de que la clasificación de los sistemas jurídicos (aunque el tema concierne a cualquier clasificación jurídica) no puede tener “un rigor científico comparable al que es generalmente propio de las clasificaciones elaboradas por los estudiosos de las ciencias de la naturaleza”,¹¹⁴ se adecua naturalmente a cualquier clasificación operada en los ámbitos en que trabaja el comparatista: las formas de Estado, las formas de gobierno, las fuentes, los derechos, los sistemas de justicia constitucional, etcétera.

La escasa precisión de cada intento clasificatorio tiene su raíz en múltiples causas.

Ante todo, en la contigüidad entre los términos utilizados y aquéllos a los que se atribuyen significados parecidos pero no iguales. Por ejemplo, “forma de gobierno”, “régimen político”, “sistema político”,

¹¹³ Cfr. Pizzorusso, A., *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1998, p. 161, quien cita a Malmström, A., “The System of Legal System. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law”, *Scandinavian Studies in Law*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, núm. 1, 1976, p. 127.

¹¹⁴ Obsérvese, a manera de ejemplo, en la prensa italiana del 23 agosto de 1996, la noticia sobre un *tertium genus* de forma de vida, ni animal ni vegetal, denominada *Archaea*, que —al igual que otras descubiertas en el campo de las ciencias físicas, naturales o matemáticas— ha producido cierto desorden dentro de las clasificaciones precedentes.

“sistema de gobierno”, “orden institucional”, etcétera. O bien, “derechos de la primera generación”, de la segunda, de la tercera y de la cuarta; derechos “individuales” y “colectivos”, “clásicos” (o similares) y “nuevos”, “fundamentales”, “humanos”, “del hombre”, “burgueses”, etcétera. Cada autor, en el momento mismo de establecer una clasificación, normalmente distingue una categoría de otra: el hecho es que no siempre el intento y el resultado son unívocos.¹¹⁵

Asimismo, cada vez que se utilizan clasificaciones estipuladas en lenguas extranjeras, el uso (en la madre lengua) de palabras parecidas dentro de un contexto lingüístico condicionado por usos grama-

¹¹⁵ Para permanecer en el ejemplo de las formas de gobierno, nótese, en la amplia literatura, las precisiones de Elia, L., *op. cit.*, nota 90, p. 636; Mortati, C., *op. cit.*, nota 89, p. 7; Biscaretti Di Ruffia, P., *op. cit.*, nota 94, pp. 29 y ss.; Cuocolo, F., voz “Le forme di Stato e di governo”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, Utet, 1989, VI, p. 492; Amato, G., “Forme di Stato e forme di governo”, en Amato, G. y Barbera, A., *Manuale di diritto pubblico*, 5a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1997, I, pp. 23 y ss.; Volpi, M., “Le forme di governo”, en Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, 2a. ed., Bolonia, Monduzzi, 1995, pp. 341 y ss.; además, en la doctrina francesa, Duverger, M., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 11a. ed., París, Puf, 1970. Fundamental resulta, Bobbio, N., *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Turín, Giappichelli, 1976.

tales diferentes y por factores extra-lingüísticos discordantes —por ejemplo, “*institutions*” e “instituciones”, “*government*” y “gobierno”, etcétera— puede dar origen a su comprensión distorsionada.¹¹⁶ Además de razones relacionadas con la definición de lo que se quiere clasificar, la relatividad de las clasificaciones radica en un elemento objetivo y en otros factores subjetivos.

El elemento objetivo consiste en la dinamicidad del objeto de estudio. En contraste con una flor o un mineral, una “forma de gobierno”, un ordenamiento, un derecho o una institución de derecho público, no permanecen inmutables por mucho tiempo; frecuentemente, ni siquiera por el tiempo que se necesita para corregir los borradores del escrito que intenta clasificarlas.

Puede suceder que una particular forma de gobierno, un concreto ordenamiento o una institución, estén lo suficientemente consolidadas como para asignarles un nombre que los defina, a fin de consentir su identificación con la precisión y estabilidad adecuada (la misma precisión y estabilidad

¹¹⁶ Sobre el problema de la “comparación por discrepancias” (de forma general, en cuanto no se refiere únicamente al uso de las clasificaciones establecidas en lengua extranjera), Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, *passim*.

que presentan otros términos en diversos campos de la vida y del saber).¹¹⁷

Empero, en el momento en que se forma una clasificación es necesario tener en cuenta, más allá de los particulares objetos que la conforman, a la totalidad de sus elementos, ocurriendo frecuentemente que en un tiempo breve una clase se transforme, se descomponga, o incluso se erosione, con

¹¹⁷ Basta pensar en el actual estado de las investigaciones sobre la forma de Estado y las formas de gobierno socialistas o ex-socialistas, o de otras realidades constitucionales en evolución, como la República de Sudáfrica. Constatar la relatividad o la provisoriedad de las clasificaciones instauradas en el tiempo no significa, en absoluto, reconocer su inutilidad (véase, en este sentido, Tarchi, R., *La classificazione delle forme di governo. Il difficile passaggio dal catalogo al sistema*, edición coordinada por el autor, Pisa, 1989, pp 64 y ss.). Semejantes estudios y los consecuentes tentativos clasificatorios, concientes del carácter transitorio que los caracteriza, contribuyen más bien a que afloren en su historicidad los procesos evolutivos que conducen a uno o más ordenamientos a asumir su definitiva (mejor: más estable) sistematización (como emerge, por ejemplo, de las investigaciones de Bartole, S., *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale*, Bolonia, Il Mulino, 1993; de Ganino, M., *La riforma costituzionale in Unione Sovietica*, Turín, Giappichelli, 1989 y *Il presidente dell'URSS*, Turín, Giappichelli, 1990; de Ajani, G., de quien se señala *Il modello post-socialista*, Turín, Giappichelli, 1996; de Rinella, A., "Il Constitution of the Republic of South Africa Act 1993: una Costituzione *in itinere*", *Quaderni costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, núm. 1, 1995, pp. 147 y ss.).

el riesgo que el vocablo que la designa acabe indicando algo que no existe, o no existe más, si no es en abstracto o dentro de una perspectiva histórica.

Entre los factores subjetivos que influyen los modelos clasificatorios, el más importante se representa por el conjunto de elementos que cada jurista asume como fundamentales para el fin que se propone. En la moderna teoría de las formas de gobierno, por ejemplo, dichos elementos han sido progresivamente identificados, de manera conjunta o disociada, dentro de las relaciones existentes entre los órganos constitucionales, en el criterio de atribución del poder a uno o más órganos, en la autonomía o colaboración entre los órganos, en la dislocación del poder de dirección política, en el sistema de partidos políticos, en los sistemas electorales adoptados, en el rol otorgado a la oposición, o en la atribución de un poder específico a uno u otro órgano del Estado (como el de disolver las asambleas parlamentarias), etcétera.

Añádase que a menudo, la clasificación no representa el *fin* de la investigación en sí misma, pues solo es un instrumento de una indagación que se propone otro objetivo en vista de lo cual los criterios empleados pueden diferenciarse mucho más.

Las preguntas: “¿cuáles son las familias jurídicas?”; “¿cuáles son las formas de gobierno?”; “¿cuáles son los nuevos derechos?”; “¿cuáles son

las formas de Estado?”, etcétera, parecerían entonces carecer de una respuesta de la que pueda predicarse total veracidad o falsedad, si no estuviesen condicionadas por la puntualización “según tal o cuál autor”.

El estudioso que clasifica, teniendo en cuenta las dificultades que se acaban de mencionar, además del problema de seleccionar el material y de agruparlo, encuentra un segundo problema: asignar un nombre a los géneros identificados (sean familias jurídicas, formas de Estado, formas de gobierno, modelos de procedimiento legislativo, ordenación del Parlamento, modelos de justicia constitucional y así sucesivamente). Dentro de dicha actividad se encuentra doblemente condicionado: ante todo, por las exigencias de la verificación empírica; y luego, por la existencia de usos lingüísticos ya implantados.

Se ha sugerido que al establecer definiciones se intente perseguir “una actitud de equilibrio, huyendo, tanto del excesivo conservadurismo lingüístico, como de la vana complacencia de inútiles novedades”, y de “permanecer fieles a los términos y a los significados usuales para no incurrir, sin necesidad, en complicaciones y en el

peligro de ser malentendido”.¹¹⁸ La advertencia es aún más válida para las definiciones que se refieren a clasificaciones, en las cuales el nivel de libertad/arbitrariedad es o puede ser bastante elevado. Y lo es, sobre todo en el campo del derecho comparado porque, como hemos dicho, la evolución de la materia es mucho más repentina y tumultuosa si se le observa en relación a otros sectores de la ciencia jurídica (sobre todo del derecho civil).

Resignados a un cierto grado de imprecisión y convencidos de que la finalidad del jurista no es “buscar esencias”, debemos añadir además que, en el meta-lenguaje jurídico, algunas definiciones de objetos clasificatorios están mucho más consolidadas por los usos que otras.

Por ejemplo, todos están de acuerdo en que el adjetivo “parlamentario” califica una forma de gobierno cuyo elemento característico consiste en la subsistencia de un vínculo de confianza entre el Parlamento, o una de las Cámaras que lo componen, y el gobierno. Podrá objetarse que la clasificación parece hoy inadecuada porque comprende ordenamientos con bastantes diferencias entre ellos;

¹¹⁸ Cfr. Scarpelli, U., *op. cit.*, nota 2, pp. 219 y ss.; véase, a propósito, las sugerencias de Bognetti, G., *op. cit.*, nota 75, p. 117.

pero acerca del uso de la definición, las dudas son pocas.¹¹⁹

La consolidación del uso depende de la idoneidad de la terminología empleada para fungir como instrumento útil de representación y comunicación, en cuanto la verificación empírica demuestre que es adecuada; depende, además, de la autoridad científica de su artífice.

¹¹⁹ Ha aclarado Elia, L., *op. cit.*, nota 90, p. 644, que para calificar una forma de gobierno como “parlamentaria” es necesario que la relación de confianza asuma, naturalmente, un papel “central” y no accesorio, y que el gobierno sea “emanación permanente del Parlamento”. Sobre la base de esta consideración, Elia sostiene que es equivocado reputar “al sistema de Weimar (en su fase presidencial) y al sistema de la Quinta República como formas de gobierno parlamentarias”. Los estudiosos muestran su convergencia en esta puntualización, pues consiente liberar la “clase” de numerosos residuos, y razonar después en términos de sub-particiones, ensambladas de formas diferentes en base a los más variados elementos que, en uno u otro momento, cada uno reputa importantes. A pesar de eso, la derivación parlamentaria del gobierno para fines clasificatorios ha estado poco valorada en años recientes, favoreciendo elementos adicionales pre o metajurídicos utilizados, no al lado sino en sustitución de los jurídicos, con el resultado de adscribir nuevamente las formas de gobierno de Weimar y de la Quinta República a la especie de los parlamentarismos (especie a la que en Europa estaría sustraída solo Suiza).

De modo más preciso, la suerte de un tentativo de clasificación se vincula a los siguientes elementos:

a) La idoneidad del *nomen* asignado a cada porción (o clase) de la clasificación. Por ejemplo, los adjetivos que califican la partición más seguida en Italia respecto a las formas de gobierno —“parlamentaria”, “presidencial”, “*directorial*”, “semi-presidencial”— sirven como guía para la identificación del objeto; se demuestran, en definitiva, eficaces para representar, sea en el lenguaje común que en el científico, una determinada sistematización de las instituciones en donde se registra, según los casos, la preponderancia o el rol significativo del Parlamento, del presidente, del “*directorio*”, o una mezcla de elementos del primer y del segundo modelo.¹²⁰

Con menor significación aparecen calificaciones que enuncian las “formas puras” y “formas mixtas”, “monistas” y “dualistas” e incluso “directas” y “representativas”. Por otra parte, el hecho de que ¡nunca nadie ha propuesto denominar las clases con letras o números! es un dato que viene a confirmar el rol que reviste el *nomen* asignado.

¹²⁰ Absorben una función análoga la cualificación de “mayoritario” o “proporcional” que se asigna a los sistemas electorales.

El éxito de una clasificación (su uso aceptado y compartido) puede por tanto derivar, en algunos casos, de la elección más o menos acertada del término usado, y de su idoneidad para evocar el elemento *importante* objeto de la distinción.

b) Lo anterior aflora, incluso en otro perfil: la incisividad de la definición.

Se ha sostenido que al definir los objetos de las clasificaciones, el recorrido que se sigue es, generalmente, contrario al habitual: para definir el término “contrato”, el artículo 1321 del Código Civil italiano recurre a múltiples palabras que ofrecen su significado (“el contrato es el acuerdo de dos o más partes para construir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas”). En nuestro caso, el estudioso decide convencionalmente definir de un modo determinado aquella “forma de gobierno” que presente algunas características. Puede hacerlo asignándole un nombre simple, como “presidencial”, o uno compuesto, como “semi-presidencial”, o bien procediendo a una verdadera descripción de sus características esenciales.

Puede suceder también que por una serie de razones no considere correcta la palabra que ha entrado en el uso corriente (ejemplo: “semi-presidencial”) y sugiera utilizar en su lugar —como se ha hecho— una definición que estima más adecuada

(por ejemplo: “con componentes parlamentarios y presidenciales”).

La operación no sirve para identificar algo diferente (como en el primer caso examinado), sino para dar un calificativo diferente a algo que ya goza de un nombre familiar y convencionalmente aceptado. Cuanto pueda esto ayudar a la comprensión del fenómeno estudiado es algo que depende del nombre que se utilice y de los contextos lingüísticos y extralingüísticos en los cuales el nuevo nombre está destinado a designar una clase. Es posible que la observación empírica demuestre la oportunidad de redefinir (en un sentido amplio) el objeto de la definición; pero puede pasar también que la transformación lingüística sea imputable sólo a la veleidad *humptydumptiana* de un autor poco acostumbrado a enfrentarse a los temas del lenguaje y de su uso.¹²¹

¹²¹ Naturalmente, la alusión se indica al paso de lo que Carroll, L., *Attraverso lo specchio*, ahora en Pasi, C. (coord.), *Humpty Dumpty di Lewis Carroll nella traduzione di Antonin Artaud*, Turín, Einaudi, 1993, p. 24-26, hace expresar a Bindolo Rondolo (Dodlu Mafflu en francés y, precisamente, Humpty Dumpty en inglés): “When I use a word... it means just what I chose it to mean”. Vale la pena recordar también, lo dicho respecto a otro propósito *ivi*, p. 71, por parte de C. Pasi, *Antonin Artaud: impresa anti-grammaticale su Lewis Carrol e contro di lui*, en donde Artaud se cuestiona hasta “qué punto un escritor tiene el derecho de creerse el “dueño” del lenguaje”.

c) La temática se enlaza con la relativa al grado de simplicidad-complejidad de la clasificación.

Cuanto más se simplifica más imprecisa es la clasificación, puesto que comprende objetos con características diferentes (por ejemplo: “monarquía-república”; “Estados democráticos-Estados autoritarios”, etcétera). Ahora bien, al otro lado de una escala clasificatoria ideal se encuentran definiciones tan cuidadas que inutilizan incluso al mismo tentativo clasificatorio debido a que la finalidad de las clasificaciones resulta envanecida.

El defecto ulterior que presentan las clasificaciones excesivamente complejas consiste en la dificultad de designar sus diversas clases y subclases con cualificaciones de fácil empleo (como podría ser, por ejemplo, la denominación “forma de gobierno parlamentaria con multipartidismo exasperado y gobierno con multipolaridad desigual” —sin que hasta ahora alguien la haya utilizado—).¹²²

¹²² El problema es análogo al que se presenta respecto al traductor cada vez que un vocablo no puede ser expresado de forma sintética en otra lengua: Eco, U., *La ricerca della lingua perfetta*, Roma-Bari., Laterza, p. 376, señala el ejemplo del término inglés “to skip”, “que se vuelve “brincar”, “saltar” y no expresa un movimiento por el cual se salta dos veces con una pierna y dos veces con la otra”.

Un factor ulterior de consolidación del uso de una clasificación se atribuye al empleo de criterios extrajurídicos para definir sus variedades.

En la teoría de las formas de gobierno, continuando con el ejemplo elegido, a efecto de alejar el riesgo de construir clasificaciones que no tienen absolutamente en cuenta la realidad, prestigiosos estudiosos han propuesto incidir *también* en factores como la estructura y el funcionamiento de los partidos y de los sistemas electorales y, en general, en el modo de ser del sistema político. El uso de dichas clasificaciones no está aceptado por todos, en particular por quienes prefieren diferenciar conceptos y categorías de ciencias diferentes o por quienes temen la atenuación del valor prescriptivo de la clasificación y, consecuentemente, la carencia de idoneidad de la misma para prestarse a previsiones sobre su funcionamiento.¹²³

¹²³ Cfr. respectivamente Rescigno, G. U., voz, “Forme di Stato e forme di governo”, *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, XIV, 1989; Amato, G., *op. cit.*, nota 115, pp. 26 y ss.; Dogliani, M., “Spunti metodologici per un’indagine sulle forme di governo”, en *Giurisprudenza costituzionale*, Milán, Giuffrè, I, núm. 1, 1973, pp. 214 y ss., además, “La teoria delle forme di governo”, en Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno num. 1*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 3; véase también, Volpi, M., *op. cit.*, nota 115, pp. 474 y ss.

En cambio, generalmente se acoge de modo favorable el recurso al concepto de “fórmula política institucionalizada”, que

d) La sedimentación e historicidad de la experiencia examinada asume finalmente una importancia decisiva para consolidar el uso de una clasificación o de términos que califican cada una de las clases. Elia, por ejemplo, ha observado en relación a los sistemas de partidos —aun cuando la observación vale para cualquier otro elemento— que es necesario registrar únicamente las mutaciones dentro de periodos amplios a fin de evitar una connotación meramente existencial de la forma de gobierno resultante.¹²⁴

Finalmente, por lo que concierne a los condicionamientos “subjetivos” del uso de una clasificación, el *argumentum quoad auctoritatem* puede mostrar ocasionalmente un lado opuesto, en el momento en que una nueva, apreciada y compartida

“representa el verdadero *modelo*... de la estructura constitucional de uno u otro sistema”, y que si es sabiamente utilizado permite “no superar el umbral de aquello que debe permanecer como razonamiento jurídico”. Lombardi, V. G., *op. cit.*, nota 85, p. 70 y *passim*. El uso de la fórmula política institucionalizada para fines clasificatorios se impone también por *argumentum quoad auctoritatem*, esto es, por el prestigio que tiene el estudioso que ha forjado un instrumento para el conocimiento más profundo del derecho comparado, en particular, de las formas de gobierno.

¹²⁴ Elia, L., “La forma di governo e il sistema politico italiano”, en varios autores, *Critica dello stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1982, p. 106 y Tarchi, R., *op. cit.*, nota 117, p. 65.

propuesta de clasificación representa el instrumento científico que confiere prestigio a su artífice.

Concluyendo: cada vez que se propone una clasificación o alguna definición de las clases que la integran, es necesario, para una correcta comunicación, valerse de dos criterios: la observación empírica, para verificar la adecuación actual del lenguaje utilizado; y el empleo de los usos lingüísticos, es decir, la observación de cómo se ha utilizado el lenguaje definitorio hasta ahora, y las convenciones instauradas a ese propósito.

VII. LOS MODELOS Y SU CIRCULACIÓN

A partir de la década de los sesenta, en el lenguaje de los juristas y sobre todo de los filósofos del derecho, se ha difundido el recurso al término “modelo”, utilizado en referencia a diversos objetos y a diferentes esferas de la investigación jurídica (modelos del derecho, modelos de ordenamiento, modelos normativos, etcétera).¹²⁵

El término había sido claramente tomado de las ciencias económicas y sociales; sin embargo, la

¹²⁵ Pegoraro, L. y Rinella, A., “Concepto del derecho constitucional comparado”, en López Garrido, D. *et al.* (coords.), *Nuevo derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 44 y ss.

tendencia a acoger la terminología que se afirma en otras ciencias no es casi nunca reducible a un mero fenómeno de imitación, pues generalmente tiene su *ratio* en fundadas exigencias de investigación.¹²⁶ Por otro lado, el término “modelo”, en relación al uso que se le puede conferir también en el lenguaje común, evoca por sí solo la idea de una clasificación, de una síntesis de la complejidad a través de categorías lógicas; en otras palabras, el término revela por sí solo un estrecho vínculo con los problemas concernientes a los procedimientos de la investigación y, también, con los propios de la investigación jurídica comparada. Para ser más precisos, uno de los problemas metodológicos que la ciencia del derecho constitucional comparado encuentra, corresponde, como ya se ha dicho, a la exigencia de “poner orden entre normas e instituciones que pertenecen a ordenamientos similares sólo en apariencia”,¹²⁷ esto significa proceder a la clasificación de los objetos de análisis a fin de reconducirlos al ámbito de

¹²⁶ Piénsese en expresiones como “formantes”, “morfema”, y otras más extraídas de la terminología de la fonética y de la lingüística, recibidas por la ciencia de la comparación jurídica: Cfr. Sacco, R., *op. cit.*, nota 53.

¹²⁷ Vergottini, G. de, *op. cit.*, nota 83, pp. 42 y ss.

un sistema lógico, articulado sobre construcciones teóricas comunes; es decir, sobre “modelos”.¹²⁸

¹²⁸ Sobre la prioritaria exigencia para la misma comparación de proceder a clasificar, *Cfr.* Kalleberg, A. L., “The Logic of Comparison. A Methodological Note in the Comparative Study of Political Systems”, *World Politics*, Baltimore, núm. 1, vol. 28, 1966, pp. 69 y ss.; Sartori, G., “La politica comparata: premesse e problemi”, en Urbani, G. (coord.), *La politica comparata*, Bolonia, Il Mulino, 1973, p. 65; Urbani, G., “Introduzione” a Urbani G., (coord.), *La politica comparata*, obra citada en esta misma nota, p. 25; Smelser, N. J., *Comparative Methods in Social Sciences*, traducción italiana *La comparazione nelle scienze sociali*, Bolonia, Il Mulino, 1982, pp. 226 y ss.; Troper, M., “Les classifications en droit constitutionnel”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l’Etranger*, París, LGDJ, núm. 4, 1989, pp. 947 y ss. Sobre este propósito, se recuerda (*Cfr.* Rinella, A., *La forma di governo semi-presidenziale. Profili metodologici e “circolazione” del modello francese in Europa centro-orientale*, Turín, Giappichelli, 1997), que el valor de una clasificación se mide, de un lado, con base en el rigor lógico con que está articulada; de otro, por la relevancia científica del criterio de determinación y discriminación de las clases que ha sido preseleccionado. Para que un determinado criterio de clasificación sea significativo sobre el plano del interés científico es necesario que consienta progresar en el conocimiento de los fenómenos estudiados, desvelando aspectos ocultos o poco conocidos. En este punto se sigue a Burdeau, G. *et al.*, *Droit constitutionnel*, 23a. ed., París, LGDJ, 1993, p. 127. Según estos autores, que, por otro lado, parecen preferir un acercamiento de tipo semántico, es oportuno distinguir también entre *classification* y *classament*: la primera operación consiste en determinar abs-

En líneas generales, se habla de “modelos constitucionales” para indicar, a propósito de la teoría de los “ciclos” constitucionales, las Constituciones “*leader*”, es decir, aquellas habitualmente tomadas como modelos a imitar¹²⁹ o que cuentan al menos con capacidad para condicionar el desarrollo de las diversas experiencias constitucionales.¹³⁰ Parece, por tanto, que el uso del término “modelo” se entienda como una especie de representación sintética de fenómenos de la realidad político-constitucional, en combinación a la idea de “forma ejemplar” y, por tanto, algo de imitarse.¹³¹

tractamente las categorías o clases sobre la base de una característica o cualidad que presentan todos los objetos ordenados en una clase determinada. Esta cualidad constituye el “criterio” incardinado en la base de la clasificación. La segunda operación, el “*classament*”, consiste, en cambio, en la mera asignación de un objeto a una clase. Deriva de ello —siempre según los autores— que un mal o erróneo “*classament*” no compromete la cualidad y la validez de una clasificación: *ibidem*, p. 126.

¹²⁹ Morbidelli, G., “Costituzioni e costituzionalismo”, Morbidelli, G. *et al.*, *Diritto costituzionale italiano e comparato*, *cit.*, nota 115, pp. 60 y ss.

¹³⁰ Vergottini, G. de, *op. cit.*, nota 83, pp. 261 y ss.

¹³¹ Para un ejemplo de aplicación práctica del concepto de modelo, véase, Rinella, A., *La forma di governo semi-presidenziale*, *cit.*, nota 128.

Interesa concretamente para las finalidades de este párrafo subrayar el conjunto de cuestiones que se pueden reconducir al tema de la circulación de los modelos jurídicos; tema que, sobretudo a partir de la década de los setenta, se ha vuelto un clásico de los comparatistas del derecho privado.¹³²

La existencia de “modelos” que se configuran como *formas ejemplares* postula de por sí la circulación de los modelos mismos: las llamadas Constituciones “modelo” se consideran tales justamente porque han sido largamente imitadas. Quien preste atención a las mutaciones jurídicas de los ordenamientos no tendría dificultad en constatar que dichos cambios se deben generalmente a experiencias de imitación-recepción de modelos jurídicos

¹³² Véanse, entre otras, las obras principales sobre la temática de Watson, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press, 1974, traducción italiana, *Il trapianto di norme giuridiche*, Nápoles, Esi, 1984; *id.*, *The Making of the Civil Law*, 1981, traducción italiana, *La formazione del diritto civile*, Bolonia, Il Mulino, 1986; Agostini, E., *Droit comparé*, París, Puf, 1988; *id.*, “La circulation des modèles juridiques”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 3, 1990, pp. 461 y ss. Para analizar la doctrina italiana se reenvía a las fundamentales páginas de Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, pp. 132 y ss. Consúltese también a Ajani, G., *Fonti e modelli nel diritto dell’Europa orientale*, Trento, Università di Trento-Dipartimento di scienze Giuridiche, 1993, *passim*.

surgidos en otros lugares, siendo el nacimiento de un modelo original un fenómeno algo extraño.¹³³

Ahora bien, el fenómeno de imitación-recepción constituye por lo general la vía ordinaria para la circulación de los modelos constitucionales, de forma similar a lo que normalmente ocurre para los modelos jurídicos de derecho privado.

Si la misma cuestión se mirase con atención a los problemas del método del derecho comparado, resultaría fácil, en definitiva, reconocer que la circulación de los modelos jurídicos y su recepción presupone una obra de análisis comparado de la materia por parte de los órganos del país —por así decirlo— “importador”. De hecho, la doctrina indica que entre las funciones habituales de la comparación en el derecho está la de proveer materiales de auxilio para la preparación de textos normativos.¹³⁴ En los procesos de adopción de nuevos textos constitucionales o de revisión de los mismos,

¹³³ Cfr. Watson, A., *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., nota 132, p. 83; Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 134.

¹³⁴ Consúltese a Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, I, cit., nota 112, pp. 15 y ss. Se ha destacado que “la predisposición a recurrir a la comparación es inversamente proporcional a la originalidad del ordenamiento jurídico nacional”: Drobnig, V. y Dopffel, P., “Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber”, *Rabels’, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1982, p. 296.

los órganos destinados a ese fin desarrollan comparaciones entre las soluciones experimentadas en otras latitudes y entre estas y sus propios esquemas de referencia en tema de valores y decisiones políticas de fondo. Además, cuando se observan los modelos constitucionales extranjeros, es difícil que se acuda a ellos con la intención de operar un mero “transplante”, es decir, la reproducción —*sic et simpliciter*— de aquel modelo en el ordenamiento constitucional imitador. La mayoría de las veces, en cambio, la comparación permite comprender el conjunto de intuiciones y de ideas que están detrás de las formulaciones normativas asumidas como modelo.¹³⁵

En el ámbito de las manifestaciones del fenómeno, en la experiencia aparecen: *imitaciones legales*, cuando el legislador imita directamente el modelo producido por otro legislador (ejemplo típico es la frecuente imitación de las codificaciones francesas y alemanas);¹³⁶ *imitaciones doctrinales*, que operan en el plano exquisitamente teórico. No es extraño, además, que estas dos formas de imitación se combinen en el mismo ordenamiento; en los países

¹³⁵ Cfr. Vergottini, G. de, *op. cit.*, nota 83, p. 28

¹³⁶ Cfr. Pegoraro, L. y Reposo, A., “Le fonti del diritto”, Morbidelli, G., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, *cit.*, nota 115, p. 219.

romanistas es posible hallar, en diferentes periodos, “el encuentro de modelos legales franceses y de modelos doctrinales alemanes”.¹³⁷ Finalmente se encuentran, si bien menos difundidas respecto a los fenómenos anotados, las *imitaciones judiciales*, directas o por medio de intermediarios, como las jurisdicciones supranacionales o la doctrina.¹³⁸ Naturalmente, las imitaciones de un modelo pueden ser *globales* o *parciales*: las Constituciones, como es notorio, tienen frecuentemente más de un modelo de referencia, combinando sus aspectos más interesantes. Además, la imitación de modelos jurídicos en general puede ser consecuencia de una conquista (*imposición*), de una acción voluntaria (*recepción*), o bien, de la inmigración de un pueblo a otro territorio (*trasplante*).

La imitación puede determinar como efecto un fenómeno de *aculturación*, si la sociedad imitante

¹³⁷ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 137.

¹³⁸ *Cfr.* sobre este tema a Gorla, G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, Giuffré, 1981, pp. 543 y ss.; Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, *loc. ult. cit.*; Grementieri, V., “La circolazione dei modelli normativi nel sistema giuridico europeo: il contributo delle Corti europee”, *Rivista di diritto civile*, Padua, Cedam, núm. 5, 1990, p. 547.

pierde su identidad o, viceversa, de mera *asimilación*.¹³⁹

El fenómeno de la imitación de instituciones constitucionales, por las dimensiones e implicaciones que de ellas derivan, ha sido considerado bajo el perfil de la actitud psicológica subjetiva de los individuos encargados de la revisión constitucional.

De hecho, en los casos de “imitación constitucional” se opera generalmente “desde el interior hacia el exterior, lo que significa que la imitación de las ideas precede a su expresión, y la imitación de los fines precede a la de los medios”.¹⁴⁰ Siguiendo esta aproximación, el proceso intelectual de los autores de una revisión constitucional imitadora puede desarticularse en dos momentos diferentes:

a) *Imitación plástica*: cuando la conciencia de imitar no está presente. Aquí, los constituyentes actúan inconscientemente, recurriendo a tipologías de pensamiento que tienen interiorizadas sin darse aparentemente cuenta de la sugestión imitadora.

b) *Imitación consciente* de las instituciones constitucionales: cuando, en cambio, existe la ponderada voluntad del constituyente de imitar un cier-

¹³⁹ Para profundizar en el argumento y para la bibliografía respectiva, Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, pp. 13 y ss.

¹⁴⁰ Escarras, J. C., “Modello francese e riforma costituzionale italiana”, *Politica del diritto*, Bolonia, Il Mulino, núm. 3, 1988, p. 490.

to modelo constitucional, siendo plenamente consciente de las razones y de los fines que pretenden alcanzar.

En este último caso pueden distinguirse dos actitudes internas: la *imitación consciente subjetiva*, en donde los constituyentes asumen como modelo determinadas instituciones de un país, aspirando a conseguir un clima análogo dentro de la vida pública y estatal; la *imitación consciente objetiva*, en cambio, sería aquella basada en valoraciones racionales y objetivas, por las cuales el modelo imitado resulta ser el mejor en función de su capacidad de adaptación a las condiciones políticas, económicas y sociales del país.¹⁴¹

Observando detenidamente, en el primer caso prevalecería el *prestigio* del modelo; en el segundo caso, en cambio, su *eficacia* respecto a los fines perseguidos. Ahora, nos parece que en el supuesto caso de importación manifiesta de un modelo constitucional, es posible encontrar verdaderas dificultades al intentar dividir el proceso intelectual en segmentos netamente individuados en la conciencia del constituyente imitador. En cambio parece más verosímil que imitación plástica e imitación consciente, subjetiva u objetiva, acaben por constituir elementos de un mismo proceso lógico-intelec-

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 491.

tual, sobre el cual —por otro lado— ejercitan no poca influencia variable y condicionamientos de naturaleza política.

En la perspectiva que aquí interesa conviene detenerse, aunque sea brevemente, sobre dos aspectos de la problemática que estamos examinando: *a)* de un lado, las causas que, en general, determinan la circulación de los modelos por imitación; *b)* de otro, el problema de las “malas” imitaciones.

Las *causas* que determinan la divulgación de los modelos jurídicos por imitación se presentan bajo diferentes naturalezas y capacidades; piénsese en la afinidad de condiciones culturales, ambientales, sociales y económicas. Todos ellos factores de influencia innegable sobre el proceso de imitación de un modelo jurídico.

No cabe duda que la recepción de un modelo responde a una necesidad, a la exigencia de colmar una laguna del ordenamiento, o bien, de hacer propias las soluciones de otros por ser más racionales o parecer más idóneas.¹⁴²

¹⁴² Cfr. Jhering, R., *Geist des römischen Rechts*, I, 1955, pp. 8 y ss. (citado en Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, I, *cit.*, nota 112, p. 19), según el cual, “la cuestión de la recepción de instituciones jurídicas extranjeras no es una cuestión inherente a la nacionalidad, sino simplemente es una cuestión de finalidad, de necesidad. Nadie se preocupa por buscar en un lugar lejano algo de lo que dispone

La doctrina jurídica más atenta al fenómeno considera que son fundamentalmente dos las causas próximas de la imitación de un modelo más fácilmente perceptibles por el jurista: la *imposición* y el *prestigio*.¹⁴³

En cuanto a la primera, se debe subrayar, ante todo, que la divulgación de modelos *rationae imperii*, debida a actos de pura fuerza, es un fenómeno relativamente raro en la historia. Además, no es extraño que una recepción coactiva cese bruscamente al modificarse las relaciones de fuerza.

Dos ejemplos al respecto parecen significativos.

La imposición no implica necesariamente meros actos de fuerza; de hecho, es posible que la divulgación de un modelo derive de la capacidad de influencia política, social, cultural y económica —que a veces puede ser *dominante*— de un determinado ordenamiento estatal sobre otros que pertenecen a un contexto, bajo algunos perfiles, homogéneo. Piensese en el modelo que, *rationae imperii*, comienza a circular en la segunda posguerra entre los países europeos que se encuentran bajo las garras del comunismo: el llamado “modelo

en casa; por eso, solamente un loco refutaría la quinaquina por no haber crecido en su propio huerto”.

¹⁴³ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 148; Watson, A., “Comparative Law and Legal Change”, *Cambridge Law Journal*, Londres, vol. 38, núm. 2, 1978, pp. 313 y ss.

normativo soviético”, consolidado en treinta años de experiencia soviética.¹⁴⁴ Se conoce que la influencia del modelo soviético respecto a éstos países, sobre todo en lo concerniente a la forma de Estado, deriva de la combinación de una serie de factores que se han establecido inmediatamente después de la segunda posguerra (“guerra fría”, “cortina de hierro”, etcétera).¹⁴⁵

El segundo caso que de forma natural trae a la memoria el fenómeno de la imitación por imposición es, sin duda, la divulgación de los modelos jurídicos europeos en las colonias. Sin embargo debe destacarse que, curiosamente, la divulgación de los modelos no siempre ha seguido la suerte de las co-

¹⁴⁴ Sobre la influencia “soviética” del derecho en los países de Europa centro-oriental, entre otros, Hazard, J. N., “The Soviet Legal Pattern Spreads Abroad”, *University of Illinois, Law Forum*, Illinois, núm. 2, 1964, p. 277; *id* “Socialist Legal Models for Africa”, en Péteri, Z. (coord.), *Legal Theory, Comparative Law, cit.*, nota 88, pp. 91 y ss.

¹⁴⁵ Desde la óptica del derecho constitucional, la confirmación del modelo de Estado socialista en los países de Europa centro-oriental es fruto de un proceso gradual que puede sintetizarse en tres fases: Una primera fase de transición a un régimen mixto, una segunda fase de estrecha imitación estaliniana, y una tercera fase de desarrollo de los socialismos nacionales particulares.

lonizaciones;¹⁴⁶ la descolonización abrió recurrentemente el camino a fenómenos de aplicación generalizada de modelos jurídicos europeos por asimilación voluntaria de parte de los gobiernos locales, una vez independizados. Piénsese en la experiencia iberoamericana.

La doctrina comparatista ha destacado que los fenómenos de recepción voluntaria de modelos jurídicos, que son los más difundidos, sin duda, de esa experiencia, tienen como base un factor no-jurídico que consiste en el “deseo de apoderarse de las atribuciones ajenas, cuando esas atribuciones están cargadas de una calidad que no sabemos como llamar sino es con el adjetivo “prestigio”.¹⁴⁷ En otras palabras, el prestigio podría constituir el postulado indispensable, aunque tal vez no suficiente, para explicar la circulación de los modelos.

Sin embargo, parece oportuno introducir en este punto un elemento de discriminación que podría —por así decirlo— *graduar* el peso y la influencia del “prestigio” en la autónoma decisión de imita-

¹⁴⁶ Pegoraro, L. y Reposo, A., *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*, Bologna, Mondorri, 1993, p. 219.

¹⁴⁷ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, *loc. ult. cit.* Consúltese además, Ajani, G., “By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe”, *American Journal of Comparative Law*, Berkeley, vol. 43, núm. 1, 1995, pp. 93 y ss.

ción-recepción de un modelo jurídico por parte de otro ordenamiento.

Bajo la premisa de que el “prestigio” es característico de un ordenamiento en su conjunto (o de más ordenamientos), y raramente de instituciones particulares,¹⁴⁸ es necesario distinguir si el modelo normativo a imitar es o no “neutro” respecto a decisiones políticas basadas en una elección de intereses o de valores. Existen normas que responden a exigencias elementales de organización de la sociedad o reglamentación de los comportamientos humanos que parecen sustancialmente ajenas a decisiones políticas de fondo. Se trata de normas jurídicas neutras, sin adhesión a determinados valores o intereses e indiferentes a sistemas morales o a ideologías.¹⁴⁹ La circulación de modelos normati-

¹⁴⁸ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 149.

¹⁴⁹ Observa Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 142, que “ningún agregado social tendrá libertad para consentir a los vehículos motorizados recorrer a placer las calles sobre la derecha o sobre la izquierda. Pero cualquier agregado social será libre de elegir la derecha o la izquierda como lado para circular. La elección de clase, la ideología, el valor, no liberan al agregado social de la necesidad organizativa que lo domina, y tampoco lo condiciona a preferir una solución u otra”. La existencia de morfemas jurídicos neutros explica “la sobrevivencia de modelos romanos en el derecho feudal, liberal, socialista (por ejemplo, la *obligatio*, la *rei vindicatio*, la *emptio venditio*, etcé-

vos de este tipo es más fácil y se funda en el prestigio del que goza el ordenamiento de origen en el país imitador y, obviamente, en la racionalidad —o la capacidad de racionalización— de la solución adoptada.

Por otro lado, cuando el modelo jurídico expresa de modo inmediato una decisión política, valores o ideales, no es suficiente para su circulación el sólo prestigio del ordenamiento de origen, algo sin duda indispensable; en tal caso, “una condición precisa vincula la imitación; la regla circula, si circula la idea política”.¹⁵⁰

Esta última observación nos permite denotar, por ejemplo, que resulta extremadamente difícil que la circulación de modelos de formas de gobierno sea un fenómeno del todo ajeno a decisiones políticas de base. Es por todos conocido que la opción por una u otra forma de gobierno implica una serie de decisiones políticas de fondo referentes al modo de articulación del poder preponderante dentro de los órganos de dirección política. Por lo tanto, la circulación de tales modelos parece no darse libremente; parece más bien condicionada por una serie de factores entre los que aparecen, en primer

tera), y la recíproca irreductibilidad de ciertas instituciones angloamericanas y romanistas”.

¹⁵⁰ Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 151.

plano, la forma de Estado y la *fórmula política institucionalizada* del ordenamiento imitador.

Siempre en relación a la cuestión del prestigio del modelo imitador, podríamos estar tentados a considerar que, en el mismo momento en el que atribuimos al modelo el significado de “forma ejemplar”, reconocemos con ello mismo el *prestigio* y, en consecuencia, la capacidad intrínseca de ejercitar una significativa influencia sobre otros ordenamientos. En realidad, bajo una consideración adecuada, si por un lado es verdad que la expresión “prestigio” lleva una carga positiva y una valoración de excelencia referida a un fenómeno y, en ese sentido, algo digno de imitación, es también verdad, por otra parte, que la expresión “forma ejemplar” no siempre es indicativa de un fenómeno positivo. De este modo, podría considerarse “ejemplar” el modelo de la forma de Estado nacionalsozialista en relación a la categoría de Estado autoritario; pero es evidente que la ejemplaridad, a ese propósito, es una característica que responde a finalidades comparativas y que carece de todo valor axiológico.

Otro aspecto a considerar, siempre en relación a las causas de la circulación de los modelos jurídicos, es el que advierten los estudiosos del fenóme-

no, que hacen notar que la dinámica de los procesos de imitación responden a algunas reglas.¹⁵¹

Ante todo, se ha observado que las influencias e imitaciones son mucho más frecuentes entre sistemas parecidos; aunque, en realidad, la circulación de los modelos puede tener lugar también entre sistemas profundamente diferentes.¹⁵² En ese caso, no obstante, será más frecuente una recepción global más que imitaciones puntuales de particulares instituciones.

La presencia de lagunas en un ordenamiento induce —obviamente— a activar procesos de imitación-recepción; entre las demás circunstancias, resultan particularmente importantes las condiciones de comprensión y conocimiento de los modelos a imitar. Un rol determinante compete al conocimiento de la lengua en la que el modelo se expresa.

Por último, la observación de la experiencia ha demostrado que en cada sistema operan *criptotipos*.¹⁵³ Por lo que, mientras puede resultar fácil imitar una norma explícita, parece muy poco pro-

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 149 y ss.

¹⁵² *Cfr.* Watson, A., *Il trapianto di norme giuridiche*, cit., nota 132, p. 83, según el cual “el trasplante de normas jurídicas es, desde un punto de vista social, fácil... Esto es verdad incluso cuando las normas provienen de un tipo de sistema muy diferente”.

¹⁵³ Sobre esto, véase apartado I de este capítulo.

bable imitar un “criptotipo”, esto es, un modelo jurídico implícito del cual, en ocasiones, el mismo sujeto que lo observa no es plenamente consciente. Así, “criptotipos” particularmente renuentes a la circulación son aquellos vinculados a la mentalidad y a los hábitos implícitos de los juristas. ¿Cómo reproducir por imitación el grado de fidelidad del juez a su propio precedente, o el grado de subordinación del juez a las elaboraciones de la doctrina jurídica?¹⁵⁴

Por otro lado, la presencia de “criptotipos” puede desvelar ocasionalmente que lo que a primera vista aparecía como recepción de un modelo jurídico (*recepción aparente*), en realidad no era otra cosa que la reviviscencia de un “criptotipo” radicado en el ordenamiento que parece ser el imitador.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Cfr. Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 150.

¹⁵⁵ Cfr. Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 65. El autor expone a propósito, un interesante ejemplo de aparente recepción del modelo presidencialista norteamericano en los ordenamientos de América Latina. En realidad, observa Lombardi, los estudios de Rozo Acuña E. (“Guía bibliográfica elemental sobre el Poder Ejecutivo en América Latina”, *Revista Externado de Colombia*, Bogotá, 1985) han demostrado que se trata de una recepción sólo aparente en cuanto el presidencialismo latinoamericano parecería tener sus raíces en una antigua institución de derecho pre-constitucional.

Dentro del segundo aspecto sobre el que parece oportuno detenerse —en referencia al tema de la circulación de los modelos jurídicos—, debe subrayarse que no es de extrañar que el fenómeno de las “malas” imitaciones, es decir, de *la divergencia entre el modelo y el resultado de la recepción*, sea reductible a malos entendidos y/o a malas traducciones.

No obstante, es difícil expresar evaluaciones respecto a este fenómeno, incluso porque en ocasiones las malas imitaciones representan realmente la intención de proceder a la *adaptación* del modelo al contexto del ordenamiento imitador. Considerándolo bien, parece más que lícito que en la fase de recepción desarrolle el jurista un trabajo de adaptación y, si es el caso, de transformación del concepto jurídico originario en función de los fines por los que se toma como modelo y se hace propio.¹⁵⁶ Ya se ha tenido ocasión de denotar que no es inusual que el “modelo” estimule en los observadores de otros ordenamientos el interés por captar la esencia que se encuentra tras el dato normativo formal.

A veces es el cuadro normativo referencial en el que el modelo jurídico opera dentro del sistema de

¹⁵⁶ Cfr. Boggetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., nota 75, p. 115.

origen el que se escapa a la recepción, determinando malos entendidos o equivocaciones en el sistema imitador.¹⁵⁷ “Naturalmente, no hay que limitarse a verificar, caso por caso, que la solución extranjera considerada superior haya tenido óptimos resultados en el ordenamiento de origen, sino que sea igualmente apropiada para el propio país. En particular, puede suceder que las soluciones desarrolladas en el extranjero y que han demostrado buenos resultados no puedan ser trasladadas a nuestro derecho —o por lo menos no lo puedan ser permaneciendo inmutadas...”.¹⁵⁸ No es casual que la “sumisión” de modelo jurídico acogido dependa de un conjunto de factores políticos y ambientales y, además, del correcto análisis comparativo conducido por los órganos legislativos; un análisis que

¹⁵⁷ *Cfr.* las observaciones de Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, p. 153. Véase también a Lombardi, G., *op. cit.*, nota 85, p. 222, quien respecto a este fenómeno habla de “imitaciones dialectales”.

¹⁵⁸ Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, I, *cit.*, nota 112 p. 19. Para el tema de los presupuestos de una recepción fructífera *Cfr.* además: Khan-Freund, O., “On Uses and Misuses of Comparative Law”, *Modern Law Review*, Oxford, núm. 1, 1974, pp. 1 y ss.; Watson, A., “Legal Transplants and Law Reform”, *Law Quarterly Review*, Londres, núm 1, 1976, pp. 79 y ss.; Stein, E., “Uses Misuses and Nonuses of Comparative Law”, *Northwestern University Law Review*, Chicago, núm. 1, 1977, pp. 198 y ss.

hubiese considerado únicamente el dato formal de los textos normativos y excluyese su concreta actuación en el ordenamiento de referencia, abriría el camino a serios riesgos de ineficacia del “trasplante”,¹⁵⁹ incluyendo el peligro de su probable “rechazo”.

Sin embargo, según una autorizada opinión, si se contempla el fenómeno desde el punto de vista exclusivamente práctico, el éxito de la operación de trasplante no deriva en exclusiva de la buena o mala imitación del modelo sino del resultado del trasplante; es decir:

...si el trasplante desde el punto de vista “práctico” (ético-político) ha producido una mejora, o ha ofrecido resultados satisfactorios, la operación es válida. En general, si no hay rechazo al trasplante

¹⁵⁹ Cfr. Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, cit., nota 83, p. 20; Dunné, J. M. van, “The Use of Comparative Law by the Legislation in the Netherlands”, *Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law*, Amsterdam, 1982, pp. 58 y ss. Acerca de los condicionamientos de la eficiencia de un modelo normativo importado, véase a Marsh, N. S., “Comparative Law and Law Reform”, *Rabels’, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1977, pp. 661 y ss.; Ojwang, J. B., “The Application of the Comparative Method in the Domain of the Public Law: Some Reflections”, *Revue de Droit International*, Ginebra, núm. 1, 1982, pp. 207 y ss.

de forma inmediata o en un periodo más prolongado, quiere decir que la operación no estaba mal estructurada... Que el jurista pragmático haya entendido en su verdadero significado originario (el que poseía en el ordenamiento de origen) el concepto que ha elegido “transplantar” no tiene, en el fondo, una gran importancia... En estos casos de intercambio, por tanto, la errónea comprensión del concepto “introducido” es menos peligroso porque el problema no es de “inteligencia histórica”, sino de índole “práctico”: y será la “práctica” la que decida si el trasplante constituye un bien.¹⁶⁰

Se nos permita añadir, no obstante, que el riesgo de un mal resultado de la recepción es ciertamente más elevado cuanto mayores resulten las equivocaciones y los malentendidos que caracterizan la fase propedéutica de la recepción, esto es, el estudio comparativo del modelo. En efecto, bajo una apre-

¹⁶⁰ Bognetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., nota 75, p. 115. Según G. Bognetti “los riesgos implícitos en el intercambio conceptual crecen muchísimo cuando se tratan de reconstruir los contenidos de un ordenamiento en términos de genuino conocimiento histórico”. De hecho, en tal caso, “emplear conceptos necesariamente técnico-jurídicos, desconocidos para esos hombres y extraídos del vocabulario de otros ordenamientos y derechos, expone el peligro de prestar a la realidad histórica que se indaga connotaciones que no son verdaderamente las suyas”.

ciación adecuada, no parece posible asignar al estudio del derecho comparado, así sea para fines prácticos, es decir, como “material para el legislador”,¹⁶¹ una función marginal o carente de influencia respecto a los resultados “prácticos” del “transplante”.

Estas consideraciones, naturalmente, ponen sobre aviso al investigador: constituiría una verdadera equivocación buscar huellas de la circulación de un modelo constitucional, como puede ser la forma de gobierno, apoyados en un *criterio fotográfico*. En otras palabras, no parece razonable reconocer la recepción-imitación de un modelo por un ordenamiento constitucional determinado sólo en el supuesto en que sean reconocibles los extremos de una *fiel y formal reproducción* del modelo mismo.

Por otro lado, parecería excesivo, sino arbitrario, afirmar la recepción de un modelo solo mediante el reconocimiento de algunos elementos marginales, sin analizar aquellos que son constitutivos del caso específico.

Por eso, cuando se habla de “modelos constitucionales” se subraya la idoneidad-capacidad de los mismos para *influir* los ordenamientos de otros sistemas; de *condicionar* de algún modo su

¹⁶¹ Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, I, *cit.*, nota 112, p. 18.

estructura y articulación; pero sin *reproducirse* en ellos como por efecto de una *clonación*. Por consiguiente, la búsqueda de los vestigios de un modelo constitucional en otro ordenamiento debe saber discriminar los elementos constitutivos y secundarios del mismo modelo, adoptados eventualmente por el sistema constitucional investigado.

VIII. LENGUAJE Y DERECHO COMPARADO

En este punto debe hacerse también una alusión a la lingüística: el cultor del derecho, el constitucionalista, el administrativista o el comparatista se expresan a través de las palabras (como también las palabras de la ley, las palabras de los jueces, las palabras de la administración son objeto de sus investigaciones). Y conscientes o no, el uso que hacen de ellas esta condicionado por una (precisa o imprecisa) visión del mundo.

Como certifica el creciente número de estudios sobre textos jurídicos —desarrollados bien por lingüistas que por juristas—, ignorar lo que se está revelando como un enmarañado nudo interdisciplinario resulta contraproducente, justo porque el cultor del derecho, el constitucionalista o el comparatista se comunican a través de la lengua de su propia comunidad discursiva, e insita en dicha lengua se en-

cuentra una visión del mundo o una ideología en sentido amplio que no puede ser ignorada.

Parafraseando el juicio expresado por el jurista-lingüista británico Peter Goodrich, un análisis del código legal que quiera ser realmente adecuado desde el punto de vista teórico no puede dejar de tomar en consideración las extensiones socioculturales del lenguaje en el cual está formulado. Por tanto, resulta ideológicamente vacuo aislar las cuestiones de derecho de consideraciones más amplias concernientes a la organización de los procesos discursivos como modalidad del poder, y a las relaciones entre facciones.¹⁶²

Dentro del campo del derecho público comparado, el análisis lingüístico asoma con una importancia particular frente a la problemática de las traducciones jurídicas: basta pensar en las dificultades de traducir a otros idiomas los términos ingleses *tort*,

¹⁶² Cfr. Goodrich, P., "The role of Linguistics in Legal Analysis", *Modern Law Review*, Oxford, núm. 4, 1984, pp. 523 y ss. Del mismo autor consúltese también, *Legal Discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal Analysis*, Londres, MacMillan, 1987. Para consuelo de cuanto se asevera en el texto, véase el interesante artículo de Miller, D. R., "Just how cruel is «cruel»? Notes on the Anglo-American history of an epithet", en Taylor Torsello, C. *et al.* (coords.), *British-American Variation in Language, Theory, and Methodology-II centauro anglo-americano* (Trabajos del XVII Congreso AIA, vol. 2), Bolonia, Clueb, 1998.

rule of law, regulation, o decidir si la institución de la “censura”, que aparece con término casi idéntico en las Constituciones española y francesa, coincide exactamente con la palabra italiana “sfiducia”.¹⁶³

Otro sector en el cual los problemas lingüísticos asumen un importante relieve es el de las definiciones (de una clase, como por ejemplo “forma de Estado liberal-democrática”; o de una institución, como por ejemplo el “matrimonio”, etcétera).

Debe entonces al menos recordarse que una vez superada la teoría que enuncia que el significado coincide —directamente o a través de la mediación de un concepto— con el ente (cosa) designado por la palabra, de conformidad con lo enunciado por

¹⁶³ Sobre la temática de las traducciones jurídicas, al margen de los manuales (en particular Gutteridge, H. C., *Le droit comparé*, cit., nota 18, pp. 153 y ss., y Sacco, R., *op. cit.*, nota 53, pp. 27 y ss.), véase entre los muchos a Héraud, G., “Pour un droit linguistique comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 2, 1971, pp. 309 y ss.; Terré, F., “Brèves notes sur les problèmes de la traduction juridique”, *ivi*, 1986, pp. 347 y ss.; Beaupré, M., Kitamura, I., Groot, G. R. de, Herbots, J. H. y Sacco, R., “La traduction juridique”, *Les cahiers de droit*, Quebec-Montreal, vol. 28, núm. 4, 1987, pp. 733 y ss.

Wittgenstein en el *Tractatus*,¹⁶⁴ la elaboración científica que hiciera Saussure respecto a la tesis de este autor y de otros más (como Croce, Russel, etcétera), ha llevado a que los estudiosos (no únicamente de cuestiones semánticas) compartan unánimemente que “la garantía de que las formas tienen un significado hay que buscarla en el uso que de ellas se hace en cada comunidad histórica”.¹⁶⁵

El “uso del uso” representa el instrumento para superar el escepticismo semántico que ha acompañado a las teorías precedentes, elaboradas desde el momento de las primeras contraposiciones al aristotelismo y a la escolástica, e incluso a las convicciones de que existe “un orden del mundo, ontológico o teleológico donde cada ente es lo que es, teniendo una existencia real compatible con una variedad de accidentes, pero constituido por características intrínsecas” propias de esa filosofía, por lo que, a la idea de la esencia real se agrega “la idea de una definición real, capaz de nombrar las

¹⁶⁴ Wittgenstein, L., *Tractatus logico-philosophicus* (1929), a cura di D. F. Pears y B. F. McGuinness, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1971.

¹⁶⁵ Para un interesante acercamiento a la temática, Mauro, T. de, *Introduzione alla semantica*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 6 y ss. Para explicitar el mismo concepto, ver igualmente a Scarpelli, U., *Diritti positivi, diritti naturali, cit.*, nota 69, p. 31, y la cita de L. Bloomfield ahí recordada.

características por las cuales un ente es lo que es”.¹⁶⁶

Una contribución fundamental para alcanzar éstas conclusiones la ofreció la crítica de las teorías naturalistas y nominalistas que desarrolló J. Locke. En su *Ensayo sobre el entendimiento humano*,¹⁶⁷ sobre todo en el tercer libro, sostuvo la imposibilidad de conocer al mundo en su totalidad y, además, que el hombre tiene únicamente las experiencias empíricas que busca y que trata de ordenar a través de muchas operaciones, algunas de ellas clasificatorias, si bien caracterizadas de provisoriedad y revisibilidad; dijo también que las relaciones entre palabras y cosas no son metahistóricas y universalmente válidas de forma que el conocimiento de las cosas requiere que el ser humano se libere de las palabras de una lengua en particular.¹⁶⁸

¹⁶⁶ En este sentido, Scarpelli, U., “Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico”, en Lucia, P. di (coord.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi, quaderni di filosofia analitica del diritto*, Milán, Giuffrè, núm 10, 1995, p. 8

¹⁶⁷ Locke, J., *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), traducción italiana *Saggio sull'intelletto umano*, Milán, C. Signorelli, 1955, libro III, I, especialmente §§ 7-16.

¹⁶⁸ *Cfr.* Mauro, T. de, *op. cit.*, nota 165, pp. 57 y ss. y Scarpelli, U., *op. cit.*, nota 166, p. 8.

De esa concepción compartida es buen testimonio la cita de Locke a propósito de la definición de federalismo: “So the thing be understood, I am indifferent as to the name”. La frase,

El lenguaje jurídico, por tanto, debe ser “tratado críticamente en una perspectiva empírica y nominalista en la cual los signos y las palabras se aprecian por la función ejercida en la experiencia humana, y en concordancia con los aspectos observables de la experiencia”; entre tanto, es necesario que el jurista de corriente nominalista se prepare para encontrar aquello que Locke denomina *modos mixtos*, “con elementos no observables instituidos de forma arbitraria, criaturas del intelecto, entes sin una existencia más allá de la invención humana, ejercitando encima de ellos su empirismo sin violencia”.¹⁶⁹

La conciencia de que —de acuerdo al Wittgenstein de los últimos escritos— es ineludible buscar el uso y no el referente (y solo cuando el uso sea referencial, debe buscarse el referente)¹⁷⁰ no puede

que aparece en *The Second Treatise of Government*, capítulo XII, 146, concluye el ensayo de Pergola, A. la, “Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni. (Una celebre dicotomía: “Stato federale-Confederazione”, la Confederazione di tipo antico e moderno, l’idea europeistica di Comunità)”, *Diritto e società*, Papua, Cedam, núm. 3, 1992, p. 517, y en Pegoraro, L. Reposo, A. (coords.), *Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*, cit., nota 2, p. 227.

¹⁶⁹ Scarpelli, U., *Il linguaggio giuridico*, cit., nota 166, p. 10.

¹⁷⁰ El célebre *slogan* se recuerda frecuentemente; por ejemplo, por Scarpelli, U., *Diritti positivi, diritti naturali*, cit., nota 69, p. 34. Sobre la “conversión” del gran filósofo vienés, acú-

dejar de albergarse en el jurista (constitucionalista, comparatista) que quiera hacerse entender y que no pretenda limitarse a estipular significados de entes que son solo uno de los frutos de su elaboración.

IX. INTERDISCIPLINARIEDAD, DERECHO COMPARADO Y OTRAS DISCIPLINAS

Para perseguir sus finalidades —sea la principal (el conocimiento) o las subsidiarias—¹⁷¹, el derecho comparado se vale del método jurídico que tiene en las normas y los ordenamientos por ellas compuestos a su objeto de estudio; el meta-lenguaje utilizado es el de los juristas, resultándole extraños los juicios de valor que imponen estimaciones éticas, morales y religiosas... (el científico que los expresa debería, mínimamente, denunciar su utilización, para consentir al lector distinguirlos de los juicios de hecho).

Ello (aunque no sólo ello) concurre a diferenciar las investigaciones de derecho público comparado de otras investigaciones.

dase a Mauro, T. de, *Introduzione alla semantica*, cit., nota 165, pp. 189 y ss., incluso a Valent, I., *Invito al pensiero di Wittgenstein*, Milán, Mursia, 1989, espec. pp. 230 y ss.

¹⁷¹ Véase apartado X de este capítulo.

En primer lugar, aunque la comparación pueda ser sincrónica o diacrónica,¹⁷² el derecho comparado no coincide con la historia del derecho. El estudio histórico es fundamental para el análisis final al que se dirige la comparación porque solo hundiendo las investigaciones en la historia es posible entender las raíces de las instituciones y disciplinas, desvelar los “criptotipos”, entender las analogías y las diferencias; sin embargo, una cosa es proponerse como finalidad principal el conocimiento de la evolución de un ordenamiento o institución, y otra es servirse de este conocimiento para aplicar cotejos. En conclusión, la historia jurídica, desempeña una función subordinada —aunque importantísima— en relación al fin principal de la comparación.

De forma similar, los estudios de teoría política se revelan con frecuencia útiles y a menudo indispensables para la mejor comprensión de los fenómenos jurídicos. Es suficiente pensar en la relevancia para el constitucionalismo de las aportaciones de pensadores como —para decir solo algunos— Bracton, Fortescue, Coke, Hamilton, Jefferson, Madison, Tocqueville, Montesquieu, etcétera; o en la influencia de filósofos como Aristóteles, Locke, Hobbes y Kant sobre el pensamiento jurídico.

¹⁷² Véase apartado III de este capítulo.

Aun así, el estudio del pensamiento filosófico y de la teoría política no agota la investigación comparatista, que permanece fuertemente anclada en el derecho positivo sin disolverse en meta-investigaciones que se proponen realizar la exégesis del pensamiento ajeno.

El derecho público comparado tampoco coincide con la ciencia política a pesar de que existen áreas de sobreposición —especialmente en el sector de las formas de gobierno— que inducen a muchos autores a confundirlas, si bien pregonan que han escrito obras de derecho comparado. La ciencia política, en los sectores de interés común, no sitúa a las normas como objeto de estudio, pero sí, en cambio, a los resultados que producen: es una ciencia del ser y no del deber ser; utiliza el método empírico y no se interesa por la relación existente entre las prescripciones normativas y su concreta realización, privilegiando únicamente a este segundo elemento.

A su vez —dejémoslo bien en claro— el comparatista no puede limitar sus propias investigaciones al dato textual y obviar la efectividad de las normas.¹⁷³ Coadyuvan a este fin investigaciones sobre

¹⁷³ Por ejemplo, dentro del estudio de la forma de gobierno alemana es necesario preguntarse no sólo si se encuentra prevista y cómo está disciplinada la figura de la censura construc-

la instauración, afirmación, mutación y declive de reglas *jurídicas* como las costumbres, las convenciones constitucionales, la praxis, la jurisprudencia, etcétera. Pero como ya se ha dicho, incluso en este terreno fronterizo con otras ciencias, el estudio del derecho comparado no puede tornarse una ciencia justificadora de lo existente ya que de lo contrario perdería no solo su propia autonomía científica sino su misma naturaleza de ciencia (que en cambio mantendrían la ciencia política y la sociología del derecho, que son, precisamente, ciencias del *sein* —del ser— que tienen por objeto la realidad, los datos que ella expresa, pero no las normas).

Además de la historia del derecho, de la ciencia política y de la sociología jurídica, el derecho público comparado se diferencia igualmente de la teoría general del derecho. Esta última, para forjar sus construcciones científicas propias, no puede dejar de servirse —a lo mejor inconscientemente— del derecho comparado, pues las elaboraciones teóricas parten de la observación de los ordenamientos tal y como operan o han operado. Sin embargo, su finalidad no consiste en realizar comparaciones sino en construir un aparato conceptual válido y

tiva, sino incluso si, cuantas veces y como ha actuado efectivamente, sopesando su funcionalidad respecto a los fines que con ella perseguían los *Framers*, etcétera.

aplicable en todos los sentidos. Piénsese, por ejemplo, en las elaboraciones teóricas de los conceptos de fuente del derecho, de norma, de Estado, de nivel jerárquico. También en este caso los puntos de contacto con el derecho comparado son numerosos en virtud de que la finalidad que este tiene no es ensalzar conceptos inmutables sino —lo reiteramos— la búsqueda de diferencias más allá de las analogías, cuyo método utiliza sensiblemente el análisis empírico de los ordenamientos considerados dentro de las estructuras lingüísticas que los fundan y también en la actuación concreta de las normas vigentes o extraídas de ellas.

En un nivel diferente, como ya lo hemos dicho, el derecho comparado no coincide ni siquiera con el estudio del derecho extranjero. Naturalmente, para hacer comparación no se puede dejar de estudiar el objeto de referencia. Por consiguiente, la comparación presupone el estudio del derecho extranjero pero, no obstante, no se agota en él. Cada comparatista, antes o después, se ha encontrado ante la situación de investigar una institución u ordenamiento diferente de aquél al que pertenece. Esta adquisición de conocimientos, en su visión conjunta, es instrumental al cotejo con otras insti-

tuciones u ordenamientos, o como hemos constatado, a la clasificación.¹⁷⁴

En el continente europeo, a su vez, el proceso de integración y, de forma especulativa, la consolidación de estudios de derecho comunitario, acentúa una constante histórica en las investigaciones del derecho público comparado: el euro-centrismo que las caracteriza; o sea, la elevada atención prestada a los países europeos (en general occidentales, o los que derivan de los europeos) respecto al estudio de otros modos de hacer derecho y de los sistemas organizativos que emanan de ellos. Si en la órbita de la macrocomparación y de la clasificación es necesario analizar, por un lado, a los sistemas de las fuentes basados en preceptos divinos, en la costumbre, en la jurisprudencia de los doctos y de otros interpretes, etcétera, y por otra parte, a los or-

¹⁷⁴ Como se ha subrayado en el apartado II de este capítulo, conviene destacar que al acercarse a un derecho no autóctono existe siempre el riesgo de transferirle los «estilos propios de su derecho de origen». Sin embargo, el crecimiento de las investigaciones comparatistas, de la mano de un mejor conocimiento de las lenguas, el aumento de la frecuencia de los contactos entre estudiosos, el acercamiento de los sistemas jurídicos, la difusión del constitucionalismo liberal, etcétera, comportan que hoy, el riesgo de compresiones erróneas de “otras” realidades jurídicas esté más atenuado que en el pasado, cuando la cerrazón a las experiencias extranjeras era mayor.

denamientos autoritarios, teocráticos, socialistas, y así sucesivamente, es evidente que la fuerza expansiva del constitucionalismo liberal ofrece una justificación más fuerte a la curiosidad por aquellas investigaciones centradas en ordenamientos e instituciones de países que pertenecen a la forma de Estado liberal-democrática. Al mismo tiempo, no es ilusorio imaginar que estas investigaciones han concurrido, a su vez, a la impetuosa expansión de los principios del constitucionalismo liberal y a su penetración en el mundo ex comunista, en América Latina, y de manera parcial en África y en Asia.¹⁷⁵

La creciente propagación del derecho producido por la Unión Europea, que ha transitado por el Acto Único, por el Tratado de Maastricht, la “Carta” de Niza, hasta la ahora denominada Constitución europea, comporta consecuencias de amplia relevancia para el estudio del derecho comparado, más que nada en relación al “formante” doctrinal.

El proceso de integración europea y la consolidación especulativa de estudios de derecho comunitario hace que los ordenamientos de la Unión Europea sean más conocidos que hace tiempo en su individualidad y especificidad (con repercusiones

¹⁷⁵ Véanse las obras de Vergottini, G. de, *Le transizioni costituzionali*, Bolonia, Il Mulino, 1998, y de Mezzetti, L., *Le democrazie incerte*, Turín, Giappichelli, 2000.

sobre la proclamada diferencia entre el estudio del derecho extranjero y el estudio del derecho comparado); además, propicia que el mismo ordenamiento de la Unión sea asumido como ordenamiento de comparación frente a otras realidades institucionales.¹⁷⁶

En este contexto, los estudios comparativos contribuyen a enriquecer el *milieu* cultural del que, en el curso de los años, los países europeos han extraído y continúan extrayendo sus motivaciones para formar una “*more perfect union*”. Al mismo tiempo, los “formantes” normativo y jurisprudencial europeos requieren que la doctrina desarrolle investigaciones desde nuevas perspectivas: por ejem-

¹⁷⁶ En particular, el proceso de federalización en movimiento requiere investigaciones comparativas sobre la naturaleza jurídica de la Unión Europea, sugiriendo la posibilidad de su comparación con fenómenos similares que se han registrado en el pasado, como el que ha conducido al nacimiento de los Estados Unidos de América o, más recientemente, de la Comunidad de Estados Independientes (aún cuando el derecho comunitario mantiene todavía hoy su autonomía científica respecto al derecho público comparado, estando atraído a la esfera de los estudios internacionales a causa de la prevaleciente índole contractualista que todavía presentan las relaciones entre los estados miembros de la Unión).

Véase, además, Recchia, G., *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Papua, Cedam, 2000, quien difunde cuestiones metodológicas sobre temas de derecho administrativo comparado y comunitario.

plo, apartándose de los esquemas tradicionales de estudio, tal vez sea el momento de cuestionarse sobre la influencia de los modelos nacionales sobre la construcción del proceso de toma de decisiones comunitario (y viceversa); sobre el rol del intérprete comunitario en relación a las discordancias que se encuentran en los procesos que validan y justifican la jurisprudencia a nivel nacional (y viceversa, la influencia de los modelos continentales e insulares en la jurisprudencia comunitaria); sobre la posibilidad de reconducir la “forma de gobierno” de la Unión al cuadro de los modelos comparativos habituales, y la exigencia de reconsiderar al modelo de las formas de gobierno también a la luz de la experiencia de la Unión Europea; sobre la oportunidad de investigar en términos de “proceso” y no de manera “estática”, las relaciones entre las Constituciones económicas nacionales y la Constitución económica europea... y así sucesivamente.

Al evidenciar la autonomía científica del derecho comparado y sus diferencias respecto a otras disciplinas, hemos subrayado la relación de recíproca dependencia entre algunas ciencias y el derecho comparado; no obstante, hemos dejado conscientemente al margen el estudio del derecho constitucional a efecto de reservar a la relación entre análisis comparativo e investigaciones de dere-

cho constitucional interno algunas de las consideraciones concluyentes de este párrafo.

Preliminar es la constatación que indica que una investigación comparativa es algo que difiere de un estudio de derecho interno: diferentes son sus objetivos y diferente es su método. Pero dentro de la conciencia de esa diversidad, el constitucionalista italiano, canadiense, francés o mexicano no puede renunciar a arreglarse a la comparación, al menos por dos tipos de razones.

En primer lugar, la cada vez más intensa circulación de los modelos impide estudiar determinadas instituciones de derecho constitucional sin tener en cuenta influjos del exterior como los que provienen de la adquisición de visiones comunes en el ámbito legislativo y sobre todo jurisprudencial, de la progresiva tendencia a la uniformidad del tejido normativo, de la imperativa eficacia de las convenciones internacionales (especialmente las referidas a los derechos), de los procesos de integración, y así sucesivamente.

Incluso, aquél que está llamado a operar en contextos caracterizados por Constituciones históricamente determinadas, donde las influencias “desde fuera” son menos perceptibles de forma inmediata, no puede ignorar el fenómeno opuesto, relativo a la idoneidad del ordenamiento al que pertenece para ubicarse como modelo para los demás, y a las rela-

ciones *feed-back* en términos de comprensión del ordenamiento autóctono.

A su vez, la macrocomparación¹⁷⁷ es igualmente esencial para las investigaciones de derecho constitucional interno: el estudio de la forma de Estado, de la forma de gobierno, el modelo de descentralización territorial, los sistemas electorales, la justicia constitucional, los derechos, etcétera, solicitan ejercicios de adscripción a una u otra clase y modos de evaluación de las consecuencias prescriptivas que resultan de su pertenencia a una u otra tipología de las acuñadas por la doctrina comparatista; en síntesis, necesitan una ordenación global.

De aquí la exigencia dirigida también al constitucionalista de apoderarse de las categorías de los comparatistas y de acometer a su uso de modo instrumental, de la misma forma como suele hacerlo, desde hace tiempo ya, con las categorías de los historiadores, de los filósofos, de los teóricos generales, de los científicos políticos, de los sociólogos y de los lingüistas. Una vez más, pero ahora con la conciencia de utilizar “otra” ciencia, que con base en el proceso de globalización en curso, está destinada a volverse cada vez más “suya”.

En síntesis: el derecho comparado, y en el ámbito del sector comparativo, el derecho público com-

¹⁷⁷ Véanse los apartados III y IV de este capítulo.

parado, es autónomo respecto a otras ciencias. Pero esto no conciente prescindir del uso, conjunto o de manera disociada, de la historia jurídica, la historia de las doctrinas políticas, la ciencia política, la filosofía, la sociología del derecho y de otras ciencias. La relación que se establece entre el derecho público comparado y estas últimas son, a menudo (aunque no siempre), de recíproca dependencia, ya que incluso los historiadores, los teóricos y los estudiosos de otras ramas de la ciencia están obligados a recurrir a los resultados ofrecidos por los estudios comparativos. De vez en cuando cambian, esos sí, el fin y el método utilizado.

X. FUNCIONES PRÁCTICAS DE LA COMPARACIÓN

Si la finalidad principal del derecho público comparado es organizar sistemáticamente el conocimiento en el sector que le compete, su misión no se agota en la investigación pura, con simples fines especulativos. Como otras ramas del conocimiento humano, el resultado de la investigación puede utilizarse a nivel práctico también. Exploraciones sobre la aplicación de las convenciones de derechos, sobre las nuevas funciones de las cortes constitucionales, sobre el referéndum abrogativo en el ordenamiento local, sobre el proceso de *devolution*

en el Reino Unido, sobre el procedimiento de revisión constitucional, o sobre el derecho de acceso a la administración pública, etcétera, pueden tener repercusiones prácticas de significativa relevancia. Justo por esa razón, entre los comparatistas, se suele hablar de “funciones subsidiarias de la comparación”,¹⁷⁸ las cuales, sin pretensiones de exhaustividad, pasamos a enumerar.

Ante todo, los resultados de los estudios comparativos son, más que útiles, indispensables para la elaboración legislativa. En todas las asambleas parlamentarias (inclusive, en los ejecutivos y, a menudo, en las asambleas de entes territoriales menores) existen departamentos especializados en el estudio del derecho extranjero por lo que raramente un proyecto de ley se redacta sin tener en cuenta las experiencias que han madurado en otras latitudes. No es de extrañar, por ello, que dichas oficinas preparen un dossier específico para el uso de los parlamentarios con todos aquellos textos normativos de referencia, dotados en ocasiones de comentarios o proemios ilustrativos, pues se necesitan sólidos conocimientos comparativos para entender las afinidades y las diferencias entre ordenamientos, para evitar transplantes ineficaces, o peor aún, dañinos,

¹⁷⁸ Vergottini, G. de, *Diritto costituzionale comparato*, cit., nota 83, pp. 5 y ss.

y para comprender si el “caldo de cultivo” del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril.¹⁷⁹

En una vertiente más elevada, la elaboración y modificación de textos constitucionales necesitan, a su vez, una marcada sensibilidad comparativa. Con la llegada de nuevas oleadas de constitucionalismo, especialmente en Europa del este, se asiste a un intenso intercambio de experiencias y de conocimientos (en su primera fase, casi unidireccional) que se revela útil para la redacción de nuevos textos constitucionales en ordenamientos que han escapado a décadas de dictadura. El estudio de las Constituciones occidentales, tal y como están escritas sobre el papel, no podría revelarse fructífero para los *framers* de la Europa centro-oriental sino estuviese acompañado de las advertencias de los comparatistas sobre la idoneidad de incorporar una

¹⁷⁹ El fenómeno no se limita a las leyes. En una época que evidencia por doquier el declive de los Parlamentos como centros de elaboración de textos en favor de los ejecutivos, la producción sub-primaria debe interesarse también en el derecho comparado: no sólo en la construcción de técnicas de deslegitimación y de control de la misma, sino también en la elaboración de la disciplina sustancial (basta pensar en la legislación reglamentaria en materia de organización de dependencias de la administración pública, del procedimiento administrativo, de estructura y poderes de las agencias y autoridades independientes, etcétera).

u otra institución, sobre la importancia del derecho autóctono consolidado (en otras palabras, de los llamados “criptotipos”) como condicionante del derecho viviente, y sobre las circunstancias —no únicamente de índole jurídico— necesarias para el adecuado funcionamiento de una institución.

El comparatista, como hemos reiterado, no se limita a estudiar un sistema jurídico extranjero sino que analiza, *además*, todos los elementos que acabamos de mencionar; por consiguiente, toda actividad normativa influenciada por experiencias extranjeras, en ausencia de su obra, puede conducir a resultados desconcertantes.

La función de auxilio en la redacción de actos normativos asume creciente importancia en una época globalizada y de interacción entre experiencias jurídicas. Esto sucede especialmente en el ámbito comunitario, donde enlaza con una segunda función: la de nivelación del material normativo.

De hecho, el estudio y la comparación de las diversas normativas permite a los operadores disponer del material necesario para la elaboración de textos jurídicos comunes, individuando los factores de contacto y de conflicto, a efecto de llegar a normativas lo más homogéneas posibles.

A este propósito, es ineludible evidenciar que la obra de los comparatistas se revela de igual trascendencia para la preparación de tratados y de con-

venciones internacionales (muchas de las cuales tienen como objeto la nivelación de disciplinas, proponiéndose siempre como finalidad, vincular más ordenamientos a reglas comunes).

A su vez, los actos de derecho internacional y —en Europa— los de los órganos de la Unión Europea, contribuyen a crear un tejido común de principios y reglas e influyen sobre otra función accesorias del derecho comparado: la ayuda dentro de la vertiente interpretativa; es decir, el apoyo en la adscripción de significados a actos no solamente internacionales o comunitarios sino propios de cada ordenamiento, debido a que tienen que interpretarse de acuerdo a su vinculación con las demás disposiciones del sistema jurídico de referencia, pero también según el significado originario que se les ha querido atribuir para vincular a *todos* los ordenamientos interesados. Puede incluso revelarse útil para el juez, para la administración o para el mismo ciudadano, la indagación comparativa de la interpretación que se da en ordenamientos ajenos a una disposición que tiene que ser interpretada dentro de su propio ordenamiento.