

Fasta 331
Digitalizada.

ROBERTO SCARCIGLIA

Catedrático de Derecho constitucional Comparado

Universidad de Trieste

**INTRODUCCIÓN AL
DERECHO CONSTITUCIONAL
COMPARADO**

DYKINSON

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Colección Dykinson-Constitucional
Director: Prof. Dr. Francisco Fernandez Segado

A la memoria de mis padres Anna y Mario

© Copyright by
Roberto Scarciglia

Traducción del italiano por Juan José Ruiz Ruiz

Madrid, 2011

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

Consejo editorial véase www.dykinson.com/quienessomos

ISBN: 978-84-9982-105-4
Depósito Legal: M-6360-2011

Maquetación:
BALAGUER VALDIVIA, S.L.
gbalaguer@telefonica.net

Impresión:
SAFEKAT, S. L.
Laguna del Marquesado, Naves 32 K y L - Complejo Neural - 28021 Madrid
www.safekat.com

CAPÍTULO CUARTO EL MÉTODO DE LA COMPARACIÓN

Quise indagar luego otras verdades; y habiéndome propuesto el objeto de los géometras, que concebía yo como un cuerpo continuo o un espacio infinitamente extenso en longitud, anchura y altura o profundidad, divisible en varias partes que pueden tener varias figuras y magnitudes y ser movidas o trasladadas en todos los sentidos, pues los géometras suponen todo eso en un su objeto, repasé algunas de sus más simples demostraciones ...

René Descartes

El discurso del método, 1637

1. EL MÉTODO JURÍDICO Y EL DERECHO COMPARADO

Toda ciencia no puede considerarse como tal sin un *método*. Del mismo modo, el Derecho comparado no puede desligarse del conocimiento y aplicación de un método de estudio, que constituye un elemento necesario para poder configurarlo como disciplina autónoma. La estrecha conexión entre método, fines y contenido de estudio debe en principio conducir a desechar el poder fijar un método de estudio que prescinda de su objeto y finalidad. La relación entre objeto de estudio y método es manifiesta en algunos ámbitos específicos, en concreto aquéllos en los que los resultados de la comparación justifican la autonomía de disciplinas de carácter comparado tales como el Derecho privado comparado, el Derecho público comparado, el Derecho penal comparado, etc.²²². Debemos no obstante preguntarnos si la autonomía de cada disciplina y de cada estudio supone una valoración subjetiva del método por parte de quien la practica, por relación al cometido que se haya propuesto, o si en cambio es posible determinar de manera apriorística un método válido con efectos *erga omnes*.

²²² FONTANA, G., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, cit., 137.

Para hallar una respuesta a este interrogante es conveniente proceder a exponer unas breves consideraciones con carácter previo.

En primer lugar, nos hemos de plantear qué importancia se atribuye al método en la enseñanza del Derecho (público) comparado. El método comparado —con las salvedades hechas en la introducción de este volumen— dispone de una modesta presencia en las titulaciones universitarias que, por diversas razones, priman temas monográficos como, por ejemplo, la forma de estado y de gobierno, los derechos fundamentales, el sistema de fuentes, la constitución, la jurisdicción constitucional o el medioambiente. Indudablemente, este tipo de elección está muy condicionada por las experiencias personales del docente, del conocimiento de idiomas y del Derecho extranjero. Análogamente quien tiene asignada docencia en ámbito comparado debe conocer el método y no estar simplemente interesado, puesto que debe transmitir las bases para aprender a sus estudiantes²²³.

La inclusión de una parte metodológica en los planes de estudio permite abordar tres temas esenciales para la comparación jurídica: por qué comparar (la función de la comparación), qué se compara (el objeto de la comparación) y cómo comparar (el método de la comparación). Las observaciones ya hechas en torno a la percepción y objeto de la comparación pueden ser útiles para después entender mejor la relevancia que tiene la experiencia directa en la aplicación del método comparado, cuyo aprendizaje es indispensable para identificar y descomponer formantes, ya que hay total acuerdo en considerar que “no hay auténtica comparación cuando el análisis se agota en la descripción paralela de las características de los dos términos que se pretende comparar”²²⁴.

Por lo demás, la ausencia del método comparado en los planes de estudio de asignaturas jurídicas produce, como consecuencia directa, —especialmente en las Facultades de Derecho—, que los estudiantes, debiendo escribir *papers*, un trabajo un comentario no estén en condiciones de hacerlo debidamente precisamente porque no tienen por lo general conocimientos metodológicos²²⁵.

²²³ REITZ, J.C., «How to Do Comparative Law», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, 1998, 617.

²²⁴ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, vol. II, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1972. Traducido al italiano por A. Procidia Mirabelli di Lauro, *Il metodo comparativo*, Giappichelli, Turin, 2000, 9.

²²⁵ REITZ, J.C., «How to Do Comparative Law», cit., 617.

En el ámbito del Derecho público y, señaladamente en el del Derecho constitucional, la atención por el estudio de la parte metodológica ha comenzado a desarrollarse sólo en tiempos recientes, bien que en parte para facilitar su aprendizaje en las aulas universitarias. Las razones pueden buscarse en la circunstancia de que, durante un largo período la comparación se ha hecho por áreas político-institucionales homogéneas, en particular entre ordenamientos europeos y el de Estados Unidos, cortados por el patrón de la democracia liberal. A ello debe añadirse que el interés por las cuestiones metodológicas relativas a la comparación en Derecho público derivaba, en cierta medida, de la insuficiencia de la clasificación de los sistemas en familias jurídicas²²⁶, ideadas según criterios de Derecho privado más que desde la perspectiva del Derecho constitucional o del administrativo, una razón más por la que los principales estudios de Derecho comparado no se habían ocupado de la metodología.

Entre los muchos debates que han caracterizado la evolución del Derecho comparado, uno es el referido a la existencia de un único o varios métodos de comparación. La cuestión excede el propósito de estas líneas, teniendo además un alcance meramente teórico, por lo que remitimos a las obras de carácter general citadas anteriormente para reconstruir los términos de esta polémica. Aun así puede ser útil por una parte decir algo de modo sintético, sobre algunos métodos que los comparatistas toman como base de sus estudios —entre los que se encuentran el método problemático y el casuístico—, y, por otra, esbozar las fases del procedimiento de comparación que, si bien resultan claras para el estudioso a nivel intuitivo, no impiden que dé prioridad a determinadas perspectivas o adapte la técnica de análisis a los objetivos de su estudio y que, como consecuencia, tienda a tener repercusiones en el esquema de procedimiento metodológico²²⁷.

Para concluir sobre este punto, la elección de un enfoque en detrimento de otro corresponde a la valoración personal del estudioso en relación a los objetivos y objetos a comparar y las bondades de la elección de método estará estrechamente ligada a los “resultados que permitirá conseguir y (de) la sede en el que se utilizará”²²⁸. Así, si en el campo del Derecho privado el enfoque factual tiende a mantenerse con vocación hegemónica, no se podrá adaptar

²²⁶ DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, cit., 50.

²²⁷ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 42.

²²⁸ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 32.

del mismo modo al Derecho público y, de modo particular, al Derecho constitucional.

2. MODALIDADES DE ENFOQUE EN LA ACTIVIDAD DE COMPARACIÓN (*PROBLEM AND CASE METHOD*)

¿Cuáles son las principales modalidades de abordar la actividad de comparar? El comparatista utiliza tendencialmente dos enfoques distintos, conocidos como método problemático (*Problem Method*) o como método casuístico (*Case Method*). Ambas metodologías son “apreciables” a condición de que sean aplicadas correctamente, es decir, siempre que sean coherentes con los objetos a comparar. Por lo demás, no parece en la actualidad posible ajustarse a “un canon metodológico seguro”, dejando, a veces, espacio al apoyo que el estudioso encuentra en su propia experiencia o en sus potencialidades cognitivas²²⁹.

El *Problem Method* centra el interés en el estudio comparado de un problema concreto depurándolo de aquellos elementos que no son necesarios, como son la preexistencia de categorías lógicas o conceptos²³⁰, mientras que el *Case Method* se caracteriza por el estudio y examen de casos judiciales de uno o más Derechos extranjeros. Ambas modalidades no se excluyen entre sí y la elección de una u otra depende de los objetivos y del objeto de la comparación.

El método problemático supone un análisis de todos los formantes. En el fondo existe un problema jurídico de tipo práctico y, por tanto, es importante para el estudioso conocer las soluciones dadas a tal problema por la doctrina, por la jurisprudencia constitucional (aunque no sólo), por el legislador, por la praxis parlamentaria, etc. Los problemas en Derecho constitucional se plantean con frecuencia: desde la garantía de los Derechos de libertad al estatuto de los parlamentarios, desde la eficacia de los Decretos-ley al impacto del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional, desde el encargo de gobierno al

²²⁹ ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band. 1, *Grundlagen*, J.B.C. Mohr, Tübingen, 1984. Traducido al italiano por B. Pozzo, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milán, 1992, 35.

²³⁰ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 34.

nombramiento de senadores vitalicios, etc. El método problemático permite proceder por la vía inductiva sobre la base de los materiales examinados²³¹.

El método casuístico se caracteriza por el examen de casos judiciales decididos por los tribunales que operan en uno o más ordenamientos extranjeros, con la finalidad bien de estudio, bien de constatación práctica de las soluciones que se hayan podido proponer, a lo que se añade como fin el comparar con el Derecho conocido por el estudioso. Este enfoque, utilizado con frecuencia en el Derecho privado, es menos fructífero en el Derecho público, donde la comparación se lleva a cabo tanto en el plano horizontal, como en el vertical, en el que se examinan hechos y causas también empleando el método histórico. La presentación de casos judiciales se utilizó en el denominado enfoque factual, conocido en el mundo jurídico especialmente a partir de su puesta en práctica en los *Cornell Seminars*.

También, aunque no con el alcance que tiene en Derecho privado, la utilización de casos para la docencia universitaria tuvo acogida, primero entre estudiantes anglosajones²³² para llegar a ser, ya en tiempos más recientes, ampliamente utilizado en otras partes de Europa. La ventaja de utilizar estos materiales es que si por una parte acerca al estudiante al “estilo” de los distintos sistemas jurídicos, por otra, pone de manifiesto las carencias del aprendizaje de idiomas extranjeros en las Facultades donde el Derecho comparado, ya sea privado o público, es asignatura obligatoria del plan de estudios.

3. EL ENFOQUE FACTUAL (*FACTUAL APPROACH*)

El método del enfoque factual utilizado en Cornell fue haciendo paulatinamente fortuna en varios países, entre los cuales se encuentra Italia, donde se continúa utilizando en el ámbito de los estudios comparados sobre instituciones propias del Derecho privado como por ejemplo el contrato, el ilícito civil y la propiedad. Este método se basaba en la existencia de un cuestionario, en el que cada pregunta se formulaba mediante la exposición de un *case*. El problema

²³¹ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 34.

²³² MURPHY, W.F., y TANENHAUS, J., *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*, Palgrave, Londres, 1977; CAPPELLETTI, M., y COHEN, W., *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis-Nueva York, 1979.

que se planteó a la hora efectuar este tipo de investigación fue, de hecho, el de homologar las respuestas ofrecidas a requisitos idénticos, es decir, que tuvieran la misma interpretación por parte de todos los participantes por lo que, para lograrlo, fue necesario acudir a categorías abstractas que fuesen reconocibles *erga omnes*. La novedad de este enfoque consistió en la comparabilidad de los hechos.

Los cuestionarios contenían preguntas sobre situaciones de hecho (*factual situations*) —y la solución a problemas de aplicación—, a las que los participantes, olvidándose de la procedencia, podían responder libremente de las formas más variadas, utilizando el artículo de una ley, o datos extraídos de la docencia, antes que detenerse en la solución jurisprudencial²³³, debiendo, en ocasiones, demostrar el conocimiento del “juego” de los formantes.

En el cuestionario, pueden encontrarse preguntas sobre la solución, en un ordenamiento jurídico dado, del *case-law* propuesto; sobre la solución del caso en otros formantes legales (normativos, doctrinales); sobre la existencia o no de concordancias entre formantes (en especial, entre posicionamientos de la doctrina, incluidas las *dissenting opinions* en casos principales); sobre la estabilidad de la solución desde un punto de vista diacrónico; sobre la valoración de la solución más como cuestión “de hecho” o “de Derecho”. Además se les puede pedir a los destinatarios del cuestionario que indiquen si existen otros formantes, de carácter meta-legal, que afecten a la solución del caso (fórmulas políticas, factores económicos, etc.).

Las dificultades, ya puestas de manifiesto, para el uso del *Factual Approach* en la comparación del Derecho público no excluye su aplicabilidad —como se desprende de algunas experiencias norteamericanas de docencia²³⁴— siempre que exista «una doble conciencia: la de las diferencias (o analogías) de las categorías lógicas utilizadas, e igualmente la valoración adecuada de las diferencias (o analogías) entre las exigencias prácticas de la comparación»²³⁵.

²³³ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 56.

²³⁴ CAPPELLETTI, M., y COHEN, W., *Comparative Constitutional Law*, cit.

²³⁵ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 34.

4. EL ENFOQUE FUNCIONAL (*FUNCTIONAL METHOD*)

Este método, elaborado por la doctrina estadounidense, hace girar el análisis en torno a la función que la categoría, regla o, en general, los objetos de la comparación desempeñan dentro del respectivo ordenamiento. El enfoque funcional ha sido considerado el principio metodológico básico, del cual derivarían el resto de principios metodológicos, como el ámbito de estudio, o los derechos entre los que se llevará a cabo la comparación. Esta última —se dice— no podría llevarse a cabo si los elementos de hecho, objeto de la comparación no asumen la misma función²³⁶.

El grado de homogeneidad de éstos se mediría en base a la función que cumplen. La crítica principal dirigida a esta doctrina se basa en el hecho de que la comparación es distinta a la simple yuxtaposición de textos jurídicos, ya que aquélla debe tener en cuenta la interpretación doctrinal, la aportación de los distintos formantes, o sea, toda una estructura de ideas, el trasfondo histórico y los aspectos concretos, procedimentales y prácticos, relativos a cada cuestión jurídica. Las razones por las que el simple texto normativo no es suficiente para efectuar operaciones de comparación son diversas. Entre otras, podemos recordar las carencias y la mala calidad en la redacción de los textos, la relación del texto con otras reglas legales, la integración o distinta aplicación actuada por el formante jurisprudencial²³⁷.

5. EL PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO

De manera análoga a otras definiciones que podrían elaborarse para otras formas de procedimiento conocidas en Derecho público (administrativo, legislativo), el procedimiento comparado se compone de una serie de fases, concatenadas y propedéuticas entre ellas, con la finalidad de llegar a comparar entre modelos o soluciones o instituciones jurídicas que por lo normal pertenecen a ordenamientos distintos, con el propósito de obtener resultados más o menos aplicables al concluir las fases y las operaciones de comparación.

²³⁶ ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit. 37.

²³⁷ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 152.

Estas fases suelen identificarse con la denominada “*regla de las 3 C*”, es decir la fase de conocimiento, la de comprensión y la de comparación²³⁸. Todas estas partes del procedimiento, autónomas entre sí, son necesarias y cada una de ellas se caracteriza por reglas, acciones y operaciones que el comparatista debe seguir.

La primera fase –la de conocimiento– tiene como objeto la puesta en práctica de las actividades necesarias para conocer los términos de comparación. En la segunda –la de comprensión– la tarea del comparatista estriba justamente en eso, en comprender dentro de los límites geográficos de la comparación los formantes en cada ordenamiento particular y, finalmente, en la tercera fase –la de comparación– se procederá a confrontar los distintos elementos percibidos en los distintos ordenamientos jurídicos. Puede existir otra fase –la de aplicación de resultados– que es contingente, ya que depende de las finalidades perseguidas con la comparación como, por ejemplo, en los casos en que la actividad del estudioso tenga como única finalidad el conocimiento.

Las fases del procedimiento metodológico son:

- a) subsecuentes, en el sentido de que deben seguir el orden preestablecido: una es propedéutica de la otra, como sucede en toda actividad metódica;
- b) complementarias, puesto que unas existen en función de la otra.

Una descripción gráfica que se le puede asemejar es la de una pirámide cortada en tres secciones horizontales: la base, en la que se adquieren los elementos de conocimiento, la intermedia, que se correspondería con la comprensión de dichos elementos y la superior, constituida por la comparación en sentido estricto²³⁹. Con todo, siempre dentro de estas consideraciones sobre el método, junto a la concatenación de todo lo que ha de hacerse para efectuar un análisis comparado, el estudioso debe tener en cuenta la existencia de presupuestos y circunstancias en que se encuadra su actividad.

²³⁸ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 103.

²³⁹ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 104.

5.1. La fase de conocimiento

La primera fase es la de *conocimiento* de los objetos de la comparación. Se hace recaer en esta fase todas las operaciones de recopilación de informaciones, materiales de estudio que habitualmente se confeccionan durante viajes a los países escogidos para el estudio comparado. El “viaje” se identifica con un proceso cultural necesario para el comparatista en el que «el mito abre el camino a la maduración de la personalidad y la adquisición de una experiencia más acabada»²⁴⁰, para transmitirlo a otros. Este recorrido de iniciación ha sido definido “*bustrófedon*”, en el sentido de que se mueve desde el exterior –desde modelos extranjeros–, hacia el interior –el Derecho nacional–, para después proceder hacia atrás, siguiendo líneas paralelas, de forma análoga a lo que ocurría cuando los campos se araban con bueyes. El comparatista en este proceso desempeña «un papel mediador entre el ordenamiento extranjero y el propio, entre la mentalidad del jurista extranjero y la mentalidad del destinatario final del jurista nacional»²⁴¹.

En los inicios de este proceso lo que hay es una percepción atenuada, que con el paso del tiempo irá consolidándose, permitiendo percibir con nitidez los objetos de la comparación, incluidos los sucesivos viajes. Basándonos en la geografía de Wigmore y las afinidades entre el comparatista y el geógrafo, sería una paradoja si el primero actuase como el geógrafo de *El Principito* de Saint Exupéry, que elaboraba mapas geográficos sobre la base de informaciones que otros le llevaban.

Las conquistas de la tecnología, que ponen a disposición una enorme masa de datos e informaciones, no pueden sustituir para el estudioso –en opinión de quien escribe– la idea del viaje, utilizado aquí como definición de un recorrido virtual que posteriormente deberá ser desarrollado y llevado a cabo en términos reales. Sin esta experiencia parece improbable, por ejemplo, que un estudio de Derecho constitucional pueda «iluminar el rostro o forma fundamental de

²⁴⁰ ASCARELLI, T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., LI.

²⁴¹ ALPA, G., *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, en MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2003. Traducido al italiano por V. Levi y N. Pasquini, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milán, 2004, XXII.

los procesos históricos que en un determinado período constituyen el núcleo central, identificando en el análisis, junto y además de la “constitución sustancial” o, en su caso, junto a la “formal”, también, la “constitución material” o “fórmula política” del ordenamiento²⁴². Sin un enfoque metodológico serio el estudioso corre el riesgo de no llevar a cabo ninguna actividad de comparación real, incurriendo más bien en la realización de actividades en su mayor parte ornamentales²⁴³, sin ningún valor epistemológico.

Sobre estas bases los ordenamientos pueden ser en primer lugar descritos y luego estudiados y, a continuación, descompuestos en sus formantes, pasando de una percepción limitada a una comprensión comparada. El paso de la primera a la segunda fase «está asegurado por el esquema comparativo»²⁴⁴.

¿En qué consiste un esquema comparativo?

Al comienzo de toda investigación comparada es necesario plantearse un problema, una hipótesis de trabajo, justamente el “itinerario de viaje” «la idea”, sin la cual en el mundo del pensamiento nada puede florecer»²⁴⁵. El procedimiento de desglose de los términos de la comparación pone de manifiesto una serie de problemas diversos que componen el esquema de comparación en el que todos los elementos deben encontrar su lugar, cualquiera que sea su naturaleza («institucional o estructural, formal o material, conceptual o funcional, ideológica o política»²⁴⁶.

¿Pero cómo puede el jurista percibir en su totalidad el término a comparar? Es necesario que siga algunas reglas. Se suelen tener en cuenta estas cinco: a) el término a comparar debe ser estudiado tal y como aparece en la realidad; b) el término de comparación debe ser examinado en sus fuentes originales; c) el término a comparar debe ser estudiado en la complejidad y totalidad de las fuentes del Derecho; d) el respeto de la jerarquía de las fuentes en el ordenamiento examinado; e) el término a comparar debe ser interpretado según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia²⁴⁷.

²⁴² BOGNETTI, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., 167.

²⁴³ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 10.

²⁴⁴ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 111.

²⁴⁵ ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., 36.

²⁴⁶ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 112.

²⁴⁷ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 115.

La primera es la de adquirir un conocimiento lo más profundizado posible de los elementos a comparar, que priorice al máximo posible los aspectos operacionales más que las proposiciones declamatorias en la adquisición de materiales del package necesario para comenzar el estudio. En esta fase, es posible que el estudioso se encuentre frente a antinomias —por ejemplo entre la doctrina y la jurisprudencia, entre el enunciado normativo y una determinada interpretación de un Tribunal—, pero en cualquier caso, debe proceder a una reconstrucción del término a comparar que no se vea influenciada por el ordenamiento en el que aquél actúa.

Ello constituiría una de las insidias más graves de la actividad del comparatista y tendería a menospreciar la riqueza cultural que convierte a cada ordenamiento en único, mediante una verdadera y auténtica falsificación de las imágenes, en caso de que no se trate de una errónea percepción del objeto a comparar. En esta óptica se encuadra la crítica formulada por la doctrina iuspublicista más autorizada a la importante experiencia desarrollada entre 1960 y 1968 en la *Law School* de Cornell (*Cornell Seminars*), no tanto por el importante trabajo impulsado por Rudolf Schlesinger, profesor de Derecho comparado, orientado a la búsqueda de un núcleo común entre los principales sistemas jurídicos del mundo en materia de formación de los contratos²⁴⁸, como por el hecho de que el imponente material utilizado se vio reducido a un esquema uniforme comprensible para juristas de muy distinta formación y procedencia, cerrando la posibilidad, de este modo, a la comparación por diferencias²⁴⁹.

Aunque compartiendo *in toto* esta conclusión, debe decirse que el método introducido con los *Cornell Seminars* continúa siendo utilizado en proyectos de investigación sobre el *Common Core* del Derecho privado europeo, aunque bien podría ser puesto en práctica en el campo del Derecho administrativo, respecto de las partes conceptualmente ligadas a la institución del contrato, como podría ser, por ejemplo, la formación del acto administrativo y el respectivo procedimiento.

La segunda regla se refiere a la comparación de los términos en sus fuentes originales: para poder proceder de un modo eficaz en el procedimiento de com-

²⁴⁸ SCHLESINGER, R.B., *Formation of Contracts*, cit.

²⁴⁹ LOMBARDI, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato*, cit., 32.

paración, se los debe estudiar y conocer de manera separada. Hug, basándose en el pensamiento de John Selden, puso de manifiesto cómo, ya desde el siglo XVII, era clara la relación entre estudio y conocimiento separado de los términos y la validez teórica y práctica de la propia comparación²⁵⁰. ¿Cómo recoger estas fuentes, seleccionarlás, clasificarlas, además de asegurarse de que sean científicamente fiables? El valor (y la utilidad) de la investigación comparada depende justamente del rigor con el que estas operaciones se afronten. No sólo el investigador, sino también el estudiante, al final de su trayectoria académica, que debe optar por utilizar un enfoque compilador o de investigación, sabe bien que debe enfrentarse con este problema y, en el caso de que se decante por la opción más exigente, deberá materialmente disponerse a emprender un viaje de investigación, como por lo demás han hecho los investigadores que han afrontado su primera investigación seria de carácter comparado. En este contexto, se convierte en estructural el conocimiento del idioma del ordenamiento del término a comparar.

Por otro lado, el conocimiento directo de los ordenamientos a analizar constituye una condición necesaria para proceder a una verdadera comparación. Se trata de un problema de educación del comparatista: éste pone en práctica una comparación real sólo si se ha formado durante un período adecuado en los países de los que se está ocupando: sería improbable, en efecto, desvelar criptotipos o bien comprender el juego de los formantes sólo mediante el aprendizaje del *law in the books*²⁵¹.

El conocimiento lingüístico constituye el principal obstáculo para la comparación. Para comparar es necesario conocer el idioma, que es una condición necesaria para acceder a las fuentes del Derecho extranjero. Aunque reenviamos a otro capítulo este tema en particular, se puede traer aquí a colación desde otro punto de vista la importancia que tiene el conocimiento de idiomas para la circulación, fuera de los estrechos límites "locales", de importantes estudios científicos.

La tercera regla metodológica se refiere al estudio del término a comparar respecto a la pluralidad de fuentes jurídicas que están en vigor en un momento

²⁵⁰ HUG, W., *The History of Comparative Law*, cit., 1047.

²⁵¹ HAMSON, C.J., «Droit comparé et enseignement du droit», en *Revue internationale de droit comparé*, núm. 2, 1950, 671.

determinado y en un momento histórico preciso. Retomando la descripción expuesta para la fase de conocimiento, se ha puesto de manifiesto antes cómo el investigador difícilmente se deja engañar por la lectura sólo de la fuente *prima facie* aplicable, para emprender su recorrido de comparación. Por ejemplo, la lectura de una Constitución puede revelar la existencia de disposiciones muy detalladas sobre el control de constitucionalidad de las leyes.

Ello no implica, en cambio, que la praxis de los Estados elegidos para la comparación se adecue al dictado constitucional o que si hay factores políticos, sociales, económicos, etc. puedan hacer vana la existencia de estas normas, «que se convierten así en símbolos abstractos sin una aplicación efectiva»²⁵². Como ya se ha dicho, el comparatista debe disociar las meras declamaciones, —frecuentes en las constituciones y en los textos normativos— de lo que son meras reglas operacionales y, en consecuencia debe aprehender la aplicación real de la regla jurídica. En cuanto al sistema de fuentes dentro de un determinado ordenamiento, hay que decir que la existencia (y la estratificación) de una pluralidad de fuentes influye en el procedimiento metodológico: el comparatista debe examinar el objeto de estudio en los diferentes niveles de solución por relación a la escala jerárquica en la que las fuentes se ordenan.

La cuarta regla metodológica consiste en el respeto de la jerarquía de las fuentes en el ordenamiento respectivo del término a comparar: por "fuente" entendemos aquí cualquier factor que contribuye a la elaboración y a la formación de una norma jurídica, mientras que por "jerarquía de las fuentes", el orden de prioridad que rige las recíprocas relaciones entre normas²⁵³. Estas relaciones adoptan formas diversas según se trate de un ordenamiento de *Civil Law* o de *Common Law*, lo que convierte especialmente difícil la labor del comparatista, quien está en la obligación de estar alerta de las variaciones más o menos profundas de la jerarquía de fuentes de cada ordenamiento.

Otra regla metodológica —la quinta— prevé que el término a comparar se interprete siguiendo el método interpretativo utilizado en el ordenamiento al que pertenezca el propio término. Se ha insistido varias veces en cómo la interpretación de una institución jurídica de un ordenamiento extranjero con los ojos del jurista "interno" puede conducir a errores graves —de manera

²⁵² CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 151.

²⁵³ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 152.

análoga a lo que sucedía con los etnólogos del Derecho, que estudiaban las instituciones de los pueblos antiguos con la mirada de los civilizadores, lo que produjo resultados equivocados²⁵⁴— por lo que, en consecuencia, el *modo* correcto de interpretar el término extranjero a comparar puede considerarse que es el seguido por los juristas que operan en aquel ordenamiento. Mediante la interpretación de los enunciados normativos existentes en dicho ordenamiento, éstos se convierten en objeto de un análisis, que propende cada vez más a ser cuidadoso y preciso, pero distinto para cada ordenamiento estudiado, no siendo la comparación un instrumento de interpretación de carácter universal. Cada ordenamiento se caracteriza, entonces, por las peculiaridades de su método interpretativo y, en consecuencia, se puede admitir que el significado atribuido en el ordenamiento X al enunciado Y¹ sea distinto del que el comparatista entiende como único posible (Y) o el semánticamente correcto (Y²) y esto resulta válido, aunque en una menor medida, cuando el análisis comparado tiene lugar dentro de un solo ordenamiento²⁵⁵.

5.1.1. *Los modelos en la comparación. Orígenes, mutaciones y circulación*

El vocablo “modelo”—entendido como esquema representativo de un fenómeno que pertenece al campo de la experiencia²⁵⁶— comienza a ser usado en las ciencias jurídicas a partir del final de los años sesenta, especialmente en el ámbito filosófico-jurídico²⁵⁷. Aunque en el Derecho comparado el uso del término tenga un sentido menos profundo que en otras ciencias, el estudio de modelos “adecuados” constituye una de las operaciones más frecuentes, y necesarias, para poner en práctica el procedimiento metodológico. La adecuación del modelo implica la necesidad de “tener en cuenta la realidad empírica del Derecho”, de la que debe reproducir los caracteres principales²⁵⁸, con la consecuencia de que no todos los esquemas calificados como modelos pueden

²⁵⁴ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 161.

²⁵⁵ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 1.

²⁵⁶ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961. Traducido al italiano por M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Turín, 2002, 125.

²⁵⁷ DI ROBILANT, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1968,

²⁵⁸ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., 26.

considerarse útiles para la investigación, debiéndose preferir el uso de “prototipos” o “modelos ejemplares”. El comparatista constitucionalista comienza siempre su estudio utilizando esquemas clasificatorios elaborados justamente basándose en ordenamientos que hacen las veces de puntos de referencia, o sea, basándose en los denominados prototipos.

El término “modelo” implica «de por sí una idea de clasificación, de una síntesis de la complejidad a través de categorías lógicas»²⁵⁹. La clasificación implica la definición en categorías (o clases) de los objetos de análisis mediante la identificación de rasgos peculiares de todos los objetos que puedan ser reconducibles a esa clase. La doctrina ha identificado a título ejemplificativo criterios que permiten formular clasificaciones, como por ejemplo la titularidad del poder, la existencia—para los modelos de constitución—de procedimientos agravados de reforma constitucional, etc. La definición de un prototipo—y, por tanto, del esquema representativo— no agota la posibilidad de identificar elementos accidentales del esquema de base, enriqueciendo de ese modo las perspectivas de estudio.

En un capítulo anterior, tratando de estimular la percepción del estudiante, se ha tratado de proporcionar un ejemplo de formantes en movimiento. La dinamicidad caracteriza el Derecho y sus modelos que mutan sin parar, por la lenta evolución²⁶⁰. Estas mutaciones pueden ser originales, innovadoras, o bien derivadas de otro modelo y, en este segundo caso, se les llama “imitaciones”. Aun así, las variaciones de los modelos no pueden considerarse por sí mismas relevantes. Para serlo es necesario que procedan de un sujeto dotado de autoridad: el estudiante sabe bien que una respuesta ilógica a una pregunta de examen no puede, al menos, desde un punto de vista sincrónico, entrar a formar parte de un ordenamiento jurídico.

La originalidad de los modelos jurídicos—como ha sucedido con el *Ombudsman* escandinavo— es un fenómeno bastante raro y poco analizado en la literatura científica. Los modelos originales pueden derivar de una ruptura constitucional o bien de una meditada opción política o de fenómenos estruc-

²⁵⁹ PEGORARO, L. y RINELLA, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato. Metodologie di ricerca*, Cedam, Padua, 2002, 62.

²⁶⁰ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 133.

turales propios de un ordenamiento²⁶¹, pero no siempre es fácil distinguir los caracteres de originalidad, pudiéndose, por ejemplo, confundir con los cripto-tipos, que vuelven a cobrar vida en determinadas condiciones. A partir de esta premisa, nos podríamos plantear si, por ejemplo, el modelo de Comunidades Autónomas españolas posee la nota de originalidad –derivada de la ruptura efectuada por la Constitución de 1978– o si bien representa un modelo en cierta medida derivado de la Constitución de 1931.

La creación de un modelo original puede estar vinculada a procesos de racionalización, bien por asimilación –como sucede en los casos de igual trato por estar dotados de elementos análogos– bien por desasimilación, en los casos de diferente trato de casos que presentan un elemento diferencial; además, la innovación puede derivar de la interpretación distinta de una proposición conocida, formulada por el propio autor o por otros intérpretes. Las imitaciones se han clasificado en varios tipos²⁶². Al igual de lo que ocurre con los formantes más conocidos, las imitaciones se subdividen en doctrinales, legislativas y judiciales.

En el ámbito doctrinal, por ejemplo, puede recordarse que el gran éxito de la *Common Law* habría sido mucho más difícil sin la difusión de los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) de Blackstone, del que fueron impresas innumerables ediciones, incluyendo América, aquí con ediciones reducidas para estudiantes– el *Pennsylvania Blackstone*, editado por J. Reed en 1871, o el popularísimo *American Student's Blackstone* de R.M. Kerr en 1858. La aportación teórica de comparatistas como Wigmore, Rabel, David, Kahn-Freund, Gorla, Lombardi, Cappelletti, Zweigert, Schlesinger, Sacco²⁶³ –por citar sólo algunos nombres– ha ejercido una enorme influencia en la doctrina de numerosos países.

Superponiéndose o a veces combinándose con las doctrinales, las imitaciones legales tienen lugar cuando el legislador imita un modelo adoptado por otro legislador. El ejemplo que se suele citar es el de la imitación del Código napoleónico, pero existen otros ejemplos en la historia constitucional, como la

²⁶¹ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 146.

²⁶² SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 136; Pegoraro, L., y Rinella, A., *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, CEDAM, Padua, 2007, 93.

²⁶³ Vid. RILES, A., «Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information», en *Harvard International Law Journal*, vol. 40, 1999, 221 y ss.

imitación de la Constitución de Cádiz de 1812 por parte de los constituyentes del Reino de las Dos Sicilias en 1820, y del Piamonte en 1821, que titularon la propia Carta constitucional “*Costituzione politica spagnola*”, o también los de Portugal, Grecia y México. En época más reciente, la comparación ha tenido un papel importante en la preparación de textos legislativos en todos aquellos ordenamientos en los que no se ha prohibido expresamente el uso del procedimiento comparado. Por ejemplo, el legislador alemán ha sido influenciado por normas de Derecho extranjero, a partir del *Handelsgesetzbuch* (Código de Comercio) de 1897, aunque el procedimiento de imitación haya pasado a través de las opiniones, en alemán, de los académicos alemanes. En cualquier caso, como recuerdan algunos autores, la comparación actuada por el legislador en cierta medida aparece como apologética y resulta funcional para reafirmar la bondad de la solución alemana y el rechazo de soluciones normativas extranjeras²⁶⁴.

El tercer grupo en el que han sido clasificadas las imitaciones es el judicial. Los jueces tradicionalmente se inclinan menos, respecto al legislador o al práctico, a ocuparse de sentencias procedentes de los tribunales de otros países. Este fenómeno –actualmente en fuerte alza por el impulso dado a la comparación de la jurisprudencia de los Tribunales de ámbito europeo– comprende tanto la imitación directa de jueces también por parte de jueces, como la imitación a cargo de intermediarios, como sucede en el caso en que los jueces estén abiertos a imitaciones judiciales transnacionales²⁶⁵.

Las imitaciones pueden tener lugar como consecuencia de una conquista –y se habla entonces de imposición–, de una opción voluntaria, o a consecuencia de pura fuerza –y tenemos entonces un fenómeno de recepción– o del asentamiento de un pueblo en otro territorio, en cuyo caso cabe hablar de un trasplante²⁶⁶.

¿Cuáles son las causas de estas imitaciones?

Las dos causas principales de imitación, que comúnmente señala la doctrina, son la imposición y el prestigio del modelo.

²⁶⁴ MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, cit. 168 y ss.

²⁶⁵ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 138.

²⁶⁶ PEGORARO, L., y RINELLA, A., *Diritto pubblico comparato*, cit. 100.

En el caso de recepción —y por tanto de una imitación debida a la pura fuerza—, el proceso es reversible cuando cesa la relación de fuerza, como sucede, por ejemplo, al terminar el dominio europeo en las colonias; en los casos de imitación de modelos de prestigio, «el elemento que de manera más general se encuentra en el origen de la recepción es el deseo de apropiarse los atributos de otros, cuando esos atributos aparecen dotados de una cualidad que no sabemos expresar, si no es con el nombre de «prestigio»²⁶⁷.

5.1.2. La comparabilidad

Recordando las consideraciones ya expuestas en torno a los formantes y a los objetos de la comparación, hemos puesto de manifiesto cómo cada componente dentro de los ordenamientos jurídicos entra en relación con los otros y que el comparatista estudia dichas relaciones cuando deba poner en práctica un análisis comparado. Ello sucede habitualmente en el estudio y comparación de instituciones jurídicas comunes a varios ordenamientos y por consiguiente tendrán la misma estructura o función. En consecuencia la comparación puede ser puesta en práctica allí donde exista un mínimo contacto —pero también divergencia— entre los objetos a comparar. El elemento de la comparabilidad es un presupuesto necesario tanto cuando el término de la comparación sea un ordenamiento, como cuando se trate de una sola institución jurídica.

En concreto, para indicar esta relación entre dos (o más) ordenamientos se dice que en principio deben de ser homogéneos, o sea que deben pertenecer a la misma forma de Estado. Pero, con todo, no se puede excluir que la comparación se produzca entre ordenamientos inspirados por principios distintos. En este caso el comparatista debe prestar una mayor atención a los rasgos esenciales que caracterizan a los términos de la comparación. En este caso, se hace más visible la disociación entre declamaciones y reglas operacionales a la que se ha hecho referencia en un capítulo anterior.

El problema de la comparabilidad entre ordenamientos heterogéneos ha estado presente, por ejemplo, en la comparación entre institutos pertenecientes al denominado *socialist law* y los de tradición jurídica liberal. Si considera-

²⁶⁷ SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, cit., 148.

mos, por ejemplo, un ordenamiento como el de China nos damos cuenta de las enormes diferencias que lo separan de los ordenamientos del área occidental y, sin embargo, el desarrollo de actividades de microcomparación es habitual para la solución de problemas vinculados a la circulación del tráfico jurídico, con predominio por tanto en los ámbitos privatista y societario. La corrección científica de la comparación que tiene por objeto términos heterogéneos ha sido secundada por la doctrina, que ha diferenciado entre elementos “determinantes” y elementos “fungibles”²⁶⁸, otras veces ha señalado la existencia de “elementos básicos” y las transformaciones de éstos en movimientos como los de un calidoscopio²⁶⁹.

El problema no se plantea, al menos en la misma medida, si la comparación tiene lugar entre ordenamientos homogéneos, como lo atestiguan una pluralidad de estudios comparados sobre la forma de gobierno, la organización constitucional, la justicia o los derechos fundamentales. No obstante, como ya hemos señalado, la comparación entre ordenamientos homogéneos es desaconsejable cuando éstos no presenten elemento alguno de divergencia. Al respecto, merece señalarse que el uso del método comparado debe acompañarse, en cualquier caso, de cautelas cuando el término de comparación afecte a estados de nueva independencia o en transición, por el potencial contraste entre las reglas formales introducidas y diferencias estructurales originarias. Una reflexión análoga puede hacerse respecto de los países de nueva incorporación a la Unión Europea, a los que se les pide standards político-institucionales no siempre fácilmente compatibles con las estructuras preexistentes.

La cuestión de la comparabilidad afecta también a cada institución jurídica en particular, en cuyo caso pueden considerarse homogéneas si tienen en común elementos básicos que identifiquen esa determinada figura, a pesar de que el grado de comparabilidad debe ser compaginado con el hecho de que los ordenamientos en los que se incluya cada institución jurídica sean homogéneos o bien heterogéneos. En este último caso el comparatista debe prestar mucha atención en especial a las reglas de funcionamiento del instituto así como tener en cuenta el “functional approach”, es decir, como ya hemos dicho, las funciones que hacen de base de las distintas soluciones organizativas.

²⁶⁸ CONSTANTINESCO, L.J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., 223.

²⁶⁹ WIGMORE, J.H., *A Kaleidoscope of Justice containing authentic accounts of trial scenes from all times and climes*, Washington Law Book, Washington, 1941.

5.1.3. *El tertium comparationis*

El juicio comparado presupone que el estudioso debe determinar en un primer momento un modelo de referencia, que en base a la finalidad que persiga su investigación represente un parámetro conforme al cual formular el propio juicio entre dos términos de comparación. A este parámetro se le denomina *tertium comparationis* y constituye, según una parte de la doctrina, un elemento esencial del método comparado²⁷⁰ que permite valorar de manera previa la homogeneidad de los términos de la comparación.

El modelo de referencia es abstracto y por tanto se sitúa fuera de los derechos objeto de estudio en el sentido que no describe realidades jurídicas preexistentes, precisamente para impedir que la comparación pueda verse influenciada por el estudioso mediante la introducción en el procedimiento comparado de presupuestos de los que puedan derivar modelos ideales prefabricados en los que se colarían rasgos del sistema jurídico al que pertenecen. El *tertium comparationis* constituye un punto de partida común en el análisis comparado²⁷¹; pero no podría considerarse un modelo de referencia si lo confundiéramos con el modelo nacional. ¿Por qué?

Como hemos dicho, en el juicio de comparación existen tres elementos: a) aquello que se compara; denominado también *comparatum* (A); b) lo que se debe comparar, o *comparandum* (B); c) el *tertium comparationis* o modelo de referencia (C). Por lo que, si asimilásemos —por la razón que sea— el *comparatum* con el *tertium comparationis* (A = C), los elementos de comparación serían deducidos sólo del modelo nacional que sería el que resultaría comparado con otro (B). Por ejemplo, si pretendo comparar la regulación de la de la “censura individual” (a un ministro individualmente) en el país X con la de uno o más ordenamientos con forma de gobierno parlamentaria, debo previamente, esclarecer qué entiendo por “censura individual” y establecer los elementos que permitan identificarla —causas de la censura, sujetos legi-

²⁷⁰ ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, cit., 30; VAGTS, D., y CAPPELLETTI, M., *Book Review of MCWHINNEY, E., «Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review»*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 82, 1986, 421.

²⁷¹ REITZ, J.C., «How to Do Comparative Law», cit., 622.

timados para solicitarla, procedimiento, garantías de tutela para el ministro objeto de la censura, distinción respecto a figuras parecidas— y, sólo tras esta definición puedo escoger un modelo abstracto de censura individual a utilizar como *tertium comparationis*.

Una operación ulterior es la del examen del mecanismo de la censura individual en el sistema italiano (*comparatum*) y en los otros ordenamientos que he elegido para la comparación (*comparandum*) y que así se manifiesten analogías y diferencias con el modelo abstracto tomado como referencia.

Ello no quiere decir, sin embargo, que exista correspondencia entre el modelo abstracto predefinido y una figura formalmente equivalente, lo cual hace que sea necesario definir la función a la que se orienta la fórmula o la figura en cuestión, que es lo que se conoce como calificación formal. El enfoque funcional permite averiguar cómo se ha resuelto un problema específico en ordenamientos distintos y alcanzar de este modo la formulación de equivalencias (*functional equivalence*): en cada ordenamiento la solución dada puede ser compatible de distinto modo con el modelo —abstracto— de referencia, pero nada impide al comparatista analizar de qué modo cada solución presenta similitudes o divergencias con el modelo teórico²⁷².

6. LA FASE DE COMPRENSIÓN

En el procedimiento metodológico, a la fase de conocimiento le sigue la de comprensión, en la que es necesario que el comparatista proceda a contextualizar el término de la comparación en su propio ordenamiento, ayudándose para ello del juego de formantes legales, de las relaciones que se establecen entre ellos y de los meta-formantes, que le obligan a salir del ámbito estrictamente jurídico. Ello no resulta fácil y presupone una significativa experiencia comparada —como hemos tratado de ilustrar con la relación entre percepción y objetos de la comparación—, que permita captar las relaciones existentes entre (al menos) dos reglas operantes en dos ambientes, con sus peculiaridades culturales, jurídicas, económicas, geográficas, históricas y sociales distintas²⁷³.

²⁷² REITZ, J.C., «How to Do Comparative Law», cit., 623.

²⁷³ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 175.

Esta fase del procedimiento pone al descubierto las dificultades que puede encontrar el análisis comparado, realizadas sólo con apresuradas recopilaciones de materiales, sin el contacto directo con el país que se ha elegido para comparar, lo que presupone un itinerario viajero a fin de conocer la atmósfera inmaterial de la que se impregnan los formantes. Al respecto, cómo pasar por alto el factor religioso o el climático para comprender el espíritu de un pueblo y, en consecuencia, el espíritu de sus leyes de acuerdo con las ideas de Montesquieu. Por lo tanto el comparatista no puede aislar el fenómeno jurídico que se propone estudiar sin proceder a examinar las causas políticas, sociales, económicas, religiosas que lo han condicionado, así como los efectos que estas causas han producido.

A diferencia de recorridos procedimentales que afectan al Derecho público interno— en los que hay una final para terminar con una fase específica —, en el procedimiento metodológico en cuestión, no solamente no existe ese final, sino que aparece indefinida incluso la línea divisoria entre la fase de conocimiento y la de comprensión a pesar de que los rasgos generales de ambas fases sean netamente distintos.

En la primera, el objeto de la comparación se percibe de modo aislado: pueden existir formantes legales distintos, a estudiar de manera separada ya que en la segunda cada uno de ellos es puesto en relación con los demás y con otros componentes, como conjuntos dentro de una estructura compleja que varía en función del intercambio, de las interferencias entre formantes, de modo análogo a lo que sucede con los compuestos químicos. Esto sirve, evidentemente, tanto en la relación entre formantes legales (*legal formants*), entre éstos y los meta-formantes (*meta-formants*), además de entre formantes existentes y matrices de nuevos formantes (*neo-formants*). Como se ha dicho ya anteriormente, la comprensión de los distintos factores del ordenamiento y del término a comparar es poco problemática si los ordenamientos escogidos para la comparación son homogéneos; en caso contrario el estudioso puede «llegar a un entendimiento correcto de los problemas sólo si conoce exactamente los elementos determinantes del modelo examinado. El análisis y la percepción de estos factores condicionan la comprensión del término a comparar»²⁷⁴.

²⁷⁴ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 210.

7. LA FASE DE COMPARACIÓN

En la fase que antecede a ésta hemos definido el término de la comparación. Es en este momento del procedimiento metodológico cuando un componente del Derecho extranjero puede llegarse a conocer y a partir de ahí poder convertirse en instrumental para la comparación en sentido estricto. Ello depende evidentemente de manera especial del grado de diligencia alcanzando por el investigador en las primeras dos fases del procedimiento. Pero en cualquier caso se debe separar el estudio del Derecho extranjero de la comparación, porque tomos enteros de Derecho extranjero —o de sus componentes— no constituyen necesariamente una aportación a la comparación jurídica, y ello a pesar de generosas autocalificaciones para las que se usa con frecuencia la expresión “en el Derecho comparado”, como sucede a veces, para figuras del Derecho administrativo, como el procedimiento o la jurisdicción.

Si la lectura —y el estudio— del Derecho extranjero se revelan importantes desde un punto de vista inicial para los estudios universitarios es no sólo porque permite adquirir conocimientos de materiales jurídicos que proceden de tribunales, parlamentos o doctrinas, sino porque favorece también el aprendizaje de idiomas y lenguajes jurídicos distintos. Estos materiales constituyen una buena base cultural para entrar, aunque sea con pequeños pasos en la mentalidad de los juristas de otros países. Y es exactamente por esta razón por lo que los materiales con los que se propone trabajar a los estudiantes deberían estar a ser posible en la lengua de procedencia²⁷⁵.

La detención del procedimiento metodológico en la fase de comprensión del Derecho extranjero excluiría, sin embargo que se pueda hablar, en sentido estricto, de comparación jurídica, debiéndose atribuir a la actividad procedimental realizada un valor sobre todo decorativo respecto al principal objeto de análisis, que debe ser desarrollado durante todo el recorrido metodológico²⁷⁶.

Desde el punto de vista metodológico en la fase de comparación es necesario aclarar el contenido de la relación entre términos de la comparación para

²⁷⁵ REITZ, J.C., «How to Do Comparative Law», cit., 620.

²⁷⁶ CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 11.

poder extraer analogías y diferencias mediante lo que anteriormente hemos definido el juego de formantes, en el que no es suficiente encontrar analogías y diferencias, sino, sobre todo, captar, con la mayor profundidad y amplitud posibles, los términos de la comparación. A través de este análisis —que necesariamente incluye meta-formantes—, es posible captar en la relación entre dos términos, qué elementos pueden tener un alcance comparativo²⁷⁷.

Para concluir con este punto, puede decirse que una vez finalizado el procedimiento metodológico, los resultados del análisis comparado pueden ser utilizados de modo diferente, respecto a los objetivos prefijados al inicio de la investigación, y comprometer la «responsabilidad moral del legislador», justamente por la función insustituible de la comparación en la técnica de producción normativa²⁷⁸.

²⁷⁷ Vid. también CONSTANTINESCO, L.J., *Die rechtsvergleichende Methode*, cit., 220.

²⁷⁸ PFERSMANN, O., «Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit», cit., 288.

CAPÍTULO QUINTO PERCEPCIÓN Y OBJETO DE LA COMPARACIÓN

Ninguno comprendíamos el secreto nocturno de las pizarras ni por qué la esfera armilar se exaltaba tan sola cuando la mirábamos.

Sólo sabíamos que una circunferencia puede no ser redonda y que un eclipse de luna equivoca a las flores y adelanta el reloj de los pájaros.

Ninguno comprendíamos nada:

ni por qué nuestros dedos eran de tinta china y la tarde cerraba compases para al alba abrir libros.

Sólo sabíamos que una recta, si quiere, puede ser curva o quebrada y que las estrellas errantes son niños que ignoran la aritmética.

Rafael Alberti

Los ángeles colegiales, 1929

1. PERCEPCIÓN Y OBJETOS A COMPARAR

La comparación, entendida como disciplina jurídica, tiene por objeto un número indefinido de elementos, interconectados entre sí y que, dentro de cada ordenamiento utilizan o producen reglas jurídicas, dirigidas a definir un cierto orden relacional entre sujetos o grupos sociales en un momento histórico dado.

Desde la perspectiva del Derecho público alguno de estos elementos, —como las normas en sentido estricto, la jurisprudencia constitucional, la praxis de los órganos constitucionales y de las fuerzas políticas— pueden ayudar a comprender mejor tanto la organización real del Derecho constitucional vigente o de un concreto instituto jurídico, como la solución de un problema de Derecho, pero pueden igualmente proporcionarnos puntos de partida, matrices, a desarrollar en sucesivos razonamientos jurídicos también en sede interpretativa.

Todos estos elementos, que representan el sustrato último de las operaciones de comparación entre ordenamientos, no son numéricamente definibles —no