

# Consideraciones en torno al concepto, método y funciones del Derecho constitucional comparado

Por PABLO LUCAS VERDU  
Profesor Adjunto de Derecho Político

## I

Es notorio que el interés por los estudios del Derecho comparado se ha incrementado últimamente. Es una necesidad de la ciencia jurídica, en la medida que el método comparado ayuda al esclarecimiento de cuestiones oscuras o sirve para inspirar las medidas legislativas.

Ahora bien, parece que todavía no existe un concepto claro del Derecho comparado que sustantive o delimite, perfectamente, esa materia de sus afines (1).

En primer lugar, en toda investigación comparativa se da una insistencia particular acerca del *cómo* de la misma y, posteriormente,

---

(1) H. G. GUTTERIDGE, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit* (trad. francesa). Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1953, págs. 2 y ss.; Felipe de SOLA CANIZARES, "Derecho comparado", en "*Nueva Enciclopedia jurídica. Setx*". Tomo VII. Barcelona, 1955, págs. 4 y s. Marc ANCEL, ha señalado, acertadamente, cómo el Derecho comparado ha surgido con carácter estrictamente científico, es fruto de la investigación científica, ha aparecido como "*una sorte de luxe réservé aux savants et qu'il a pu prendre parfois même l'aspect d'un jeu de l'esprit*". *La tendance universaliste dans la doctrine comparative au début du XXème siècle*, en "*Festschrift für Ernst Rabel*". Vol. I. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1954, pág. 29.

respecto a los objetivos concretos del análisis, y al *para qué*, de suerte que el concepto de la comparación se configura a base de un momento inicial instrumental y otro teleológico que apunta a finalidades concretas. En el centro quedaría difuminado el *qué* o esencia propia de la comparación. Las numerosas investigaciones comparadas: anatómicas (2), filológicas (3), religiosas (4), etnológicas (5), etcétera, se han preocupado, fundamentalmente, de los aspectos metodológicos y funcionales; pero poco, o casi nada, lo han hecho acerca de qué sea comparar.

¿Qué es comparar?, y sobre todo, ¿qué significa la comparación en el campo del Derecho constitucional? Entiéndase bien que este interrogante no se refiere a cómo se compara, ni a la pregunta para qué se compara, sino que únicamente interesa, para los fines conceptuales, esto: ¿en qué consiste la comparación en el Derecho constitucional?

La comparación de leyes e instituciones data de tiempos remotos. Son conocidas las preocupaciones de los antiguos legisladores por las leyes y cuerpos legales extraños. Los monarcas comisionaban a sabios juristas para que los estudiaran en su mismo campo de aplicación con el fin de mejorar los propios ordenamientos e incluso adoptarlos si fuera conveniente. Las razones empíricas primaban sobre cualquier otra razón superior y, en este sentido, todas las comunidades antiguas emplearon tales recursos, salvo el pueblo elegido, que recibió la Ley del mismo Dios. El estudio, la importación y copia de legislaciones ajenas son prueba de la unidad del linaje humano, sin mengua de las peculiaridades de cada pueblo o estirpe, y demuestran en cierta medida, la existencia de un Derecho superior que refleja en los variados ordenamientos. No movió a los reyes la modestia para considerar otras leyes e instituciones, fué la necesidad y el deseo de mejorar las propias: la utilidad presidió su conducta. Les impulsaron móviles políticos, el deseo de regir del modo más conveniente a su pueblo.

Si en los orígenes aparece, pues, el motivo utilitario (método y

(2) Según GUTTERIDGE (ob. cit. pág. 35, en nota), fué el italiano AMARI quien en su obra *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, 1857, indicó primero la analogía entre el Derecho comparado, la Anatomía y Filología comparadas (páginas 518 y ss.) Cf., además, los datos que reúne Adolf F. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*. Verlag für Recht und Gesellschaft A. G. Basel, 1945, págs. 8 y 9.

(3) SCHNITZER, ob. cit., págs. 10 y ss.

(4) Walter SIMONS, *La signification des religions pour la science du Droit comparé*, en *Introduction à l'étude du Droit comparé*. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert. Vol. 1. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1938, págs. 2 y ss.

(5) SCHNITZER, ob. cit., págs. 11 y 12; Giuseppe MAZZARELLA, *Gli elementi introduttivi dei sistemi giuridici*. Catania 1919; Studi di etnologia giuridica, Catania 1903.

función, instrumento y finalidad) conviene saber si el paso de la comparación de reglas (leyes e instituciones) al cotejo y contraste de ordenamientos, sirve de base para constituir lo que es el Derecho comparado. Por lo tanto, sólo podremos averiguar la esencia del Derecho constitucional comparado, cuando los diversos ordenamientos susceptibles de comparación, han alcanzado el nivel que los configura en totalidades orgánicas, sistemáticas, ordenadas, cuando el Estado moderno ha alcanzado un elevado grado de racionalización. Esto no significa que sea imposible comparar instituciones de comunidades anteriores a ese momento histórico, ni que la tarea comparadora se refiera, exclusivamente, a leyes e instituciones vigentes o coetáneas, pues también el Derecho que ya no está en vigor sirve para ese menester. La comparación ha de tomarse, por tanto, en su actitud formal para que se pueda abstraer sobre la multiplicidad empírica que se compara. Cuando comparamos, realizamos una labor práctica, pero lo que interesa, desde el concepto, es la forma y el cariz de la comparación.

Cuando se compara, se adopta una postura positiva, en la medida que lo hacemos para obtener alguna utilidad. Esta puede ir gradualmente desde la curiosidad sin sentido, o el capricho, hasta la actitud del científico que contrasta diversas especies de minerales o de plantas para establecer una nomenclatura, clasificación o escala que luego reportará resultados estimables. Quien compara, fija su atención en varios objetos, con el fin de descubrir, y luego describir, sus posibles relaciones, semejanzas y diferencias. La comparación exige cierta analogía entre los términos de la operación, pues está claro que no tiene sentido hacerlo con cosas sustancialmente heterogéneas. La palabra *com-parar* (del latín *com-parare*) en cierta medida lo indica, como el vocablo alemán *ver-gleichen*. Ambos sientan cierta igualdad latente. Hay insito en el acto comparativo esta exigencia lógica: del enfrentamiento entre cosas parcialmente iguales o desiguales puede obtenerse algún resultado. Acaso también existe la exigencia intelectual de salvar la unidad al comprobar que tales objetos son realmente distintos. Esta actitud mental está, de otro lado, frecuentemente condicionada por el deseo psicológico de delectarse en las diferencias. Pero no es esto lo que nos interesa, lo que realmente importa es esto otro: comparar es comprobar las analogías y diferencias entre varias realidades: objetos, instituciones, normas, fenómenos, etc., con la *intención* de resaltar aquellos matices, aspectos, partes, relaciones que se asemejan y se diferencian. Comparar es una actitud eminentemente empírica; implica una de las formas mentales más inmediatas a la experiencia. La lógica exige unidad, pero la experiencia revela, indiscutiblemente, la inexistencia de una completa homogeneidad y unidad; cuando comparamos nos percatamos, precisamente, de esa carencia, o sea, rectificamos, en el cuadro de la experiencia, lo que la abstracción quería mantener. Ahora bien, convencidos de esto, surge la cuestión, ¿qué puede obtenerse de la compa-

ración? Cuando comprobamos estas y aquellas semejanzas, tales y cuales diferencias, podemos, apoyándonos en estos hechos: 1) Clasificar las realidades semejantes y distintas; 2) graduar ambas; 3) adoptar criterios selectivos y considerar más convenientes tales diferencias y tales analogías. En el campo del Derecho comparado todas estas tareas son relevantes. Por consiguiente, formalmente, la comparación es puro método abocado a una finalidad concreta, de suerte que la comparación supone una actitud mental positiva, en la medida que se fundamenta en la inducción, y esa medida supone la irrupción en el campo del Derecho, de un método que ya antes había obtenido resultados beneficiosos en la constitución del saber físico-químico, en la experimentación filológica, antropológica, sociológica, anatómica, etc. Comparar, en el campo jurídico, es *contrastar las instituciones semejantes, pertenecientes a distintos ordenamientos, condicionados por sus respectivos medios sociales*.

El Derecho constitucional comparado se caracteriza, pues, porque utiliza la forma mental positiva del método comparado. No es que el Derecho constitucional comparado sea simple método (6), se reduzca a una tarea instrumental, sino que aquí, más que en parte alguna, el método comparado, y las funciones que le son inherentes, califican primordialmente al Derecho constitucional comparado.

Como dijimos, la misma actitud mental que llevó, en el siglo pasado, a la constitución de la sociología, a las investigaciones de la filología y anatomías comparadas, al estudio comparado de las religiones, condujo a la creación del Derecho constitucional comparado (7). Conforme a esto, la ciencia del Derecho constitucional comparado parte de las siguientes comprobaciones: 1) La existencia de instituciones y leyes semejantes que corresponden a países distintos, ya simultáneamente, ya cronológicamente distantes; 2) el interés por considerar las semejanzas y diferencias de esas instituciones y leyes; 3) esta consideración redundante positivamente en la corrección o mejora del propio ordenamiento constitucional; 4) el método comparado puede comprobar la existencia de modelos, o tipos institucionales, capaces de identificar y clasificar un sistema u ordenamiento jurídico. Estos modelos pueden adaptarse o no al propio ordenamiento.

(6) Consideraba al Derecho comparado a la vez como ciencia y método, G. VADALA, *D'una scienza delle legislazioni comparate nei rapporti sociologico, storico, legislativo e politico (Estratto dalla Rivista Il Circolo Giuridico)*, Palermo, 1882, pág. 11. Cfr. Santi ROMANO, *Principii di Diritto costituzionale generale*, 2.<sup>a</sup> ed. Giuffrè. Milano. 1946, pág. 10.. RAVÁ estima al Derecho comparado tan sólo como método: *Corso di diritto pubblico comparato*, Firenze 1933, págs. 45 y ss.

(7) Francesco MESSINEO. *L'indagine comparativa negli studi giuridici*, en *Archivio giuridico*, Voi. CV, 1931, pág. 3.

En resumen, estas cuatro afirmaciones corroboran lo anteriormente sostenido: el método y las funciones del Derecho constitucional comparado configuran su concepto.

## II

El cariz empírico del método comparado aproxima el Derecho constitucional comparado a otros territorios científicos con base experimental. Por eso es conveniente discriminarlos. Únicamente nos detendremos en las semejanzas con la Sociología. ¿El Derecho constitucional comparado es un capítulo de la Sociología?

Hay varias razones que parecen abonar la respuesta en sentido afirmativo. Ante todo, la consolidación de la Sociología del Derecho (8) ha contribuido a la quiebra de las consideraciones exclusivamente formales en cualquier rama jurídica. Actualmente, se ha de atender a los datos de la Sociología jurídica para comprender la efectividad de las normas jurídicas, sobre todo de las constitucionales. Si hay un Derecho que deba tener presente estas aclaraciones es, precisamente, el Constitucional. Por otra parte, el Derecho constitucional comparado no puede reducirse a la simple exégesis de las normas jurídicas que se comparan, ni al cotejo de los Cuerpos legales semejantes, tampoco a la acumulación de datos históricos sobre influencias, repercusiones, paralelismos. Es menester que el constitucionalista tenga en cuenta las conexiones reales entre los fenómenos, las condiciones sociales, los resultados efectivos dentro de un medio social. Puede ocurrir que dos instituciones formalmente sean semejantes y, sin embargo, la realidad social que les vivifica, en cada país, sea diferente y hasta contradictoria.

Sin embargo, el Derecho constitucional comparado no puede subsumirse en la Sociología por el hecho de existir una *Rechtssoziologie*. Si así fuera habría que incluir la Filología comparada dentro de la Sociología lingüística, pues es patente, en ambos casos, la importante influencia de la estructura social.

Además, la formación de conceptos en el Derecho constitucional comparado se efectúa con arreglo a la lógica jurídica y no a la lógica que preside las categorías de la Sociología. Tales conceptos jurídicos tienen cierta base formal que les aleja de los tipos particulares e individualizantes propios del conocimiento sociológico. Como

---

(8) Las obras más significativas sobre Sociología del Derecho, aparte de las investigaciones de Max WEBER, son: E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 2.ª ed. München, 1928; Barna HORVATH, *Rechtssoziologie: Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre der Rechts*, Verlag für Statswissenschaften, Berlín, 1934; G. GURVITCH, "Elementos de Sociología jurídica" (trad. José M. Cajica). Puebla Mexico, 1948.

dice acertadamente SCHNITZER (9): el Derecho comparado ve a los hechos sociales como objeto de regulación jurídica, en tanto que la Sociología contempla las instituciones jurídicas como manifestaciones exclusivamente sociales y no desde el punto de vista del Derecho justo. Por último, el Derecho comparado apunta a mejorar el Derecho existente, finalidad que es ajena a la Sociología, aunque para perfeccionar las instituciones es natural que sea imprescindible conocer, cabalmente, su base social, pero hay en aquella función mejoradora una intención valorativa que escapa a la Sociología.

No es menester insistir demasiado sobre las diferencias entre el Derecho constitucional comparado y la Historia política, o entre aquél y el Derecho internacional privado, como hace SCHNITZER (10), cuando distingue este último del Derecho comparado, porque las diferencias son notorias en ambos casos. Por otra parte, aquí estamos tratando de Derecho constitucional comparado y no de la comparación aplicada en el ámbito internacional.

En resumen, el uso del método comparado emparenta al Derecho constitucional con la Sociología, como hemos visto, aunque no les confunde. También el constitucionalista, al comparar las instituciones puede obtener valiosas informaciones de la Etnología, de la comparación entre las religiones, del contraste entre los usos sociales, pero ya se ve que son conocimientos complementarios.

### III

Ante todo, conviene subrayar el carácter delimitador del método comparado. Este opera con la idea de *límite*: hasta aquí señala las diferencias, hasta este otro punto las analogías. Ahora bien, todas las reglas sobre el buen uso del método comparado se refieren, más o menos directamente, al acto comparador que es al mismo tiempo acción delimitadora. Cuando contrastamos una institución con otra las observamos, aproximamos y, en definitiva, las delimitamos en su propia sustantividad; si no fuera así la comparación perdería su sentido y se convertiría en simple adición o amalgama de instituciones y normas.

*Si el Derecho constitucional comparado aparece como resultado de la forma mental positiva, opera realmente en cuanto delimitador de las analogías y diferencias, único modo de dar a cada institución sus propias características.*

Las reglas que presiden la técnica de la comparación derivan todas ellas del buen sentido, pero conviene aludir a ellas porque desgraciadamente no se han tenido siempre en cuenta.

(9) Ob. cit. pág. 30.

(10) Ob. cit. pág. 32.

Es evidente que no se puede realizar una comparación correcta de las instituciones si antes no las conocemos en todas sus dimensiones. Ya hemos criticado el cotejo de textos legales o normas con arreglo a criterios exegéticos. Aquí no podemos entrar en la cuestión de la interpretación de las normas constitucionales pues escapa a nuestro propósito, pero convendrá subrayar la necesidad de un método realista que no sólo capte el sentido mentado en el precepto, sino también tenga en cuenta la realidad social que le condiciona y la finalidad organizadora, típica de la mayoría de las normas materialmente constitucionales. Además, toda norma constitucional traduce, más o menos inmediatamente, postulados ideológicos que son fundamentales para su recta comprensión. No tiene sentido deducir la analogía de la estructura del Parlamento en Inglaterra, E. U. y U. R. S. S., porque en todos estos países existe el bicameralismo, pues el alcance ideológico, organizador y sociológico es diferente. Este ejemplo tan palmario demuestra la falta de rigor del método comparativo puramente formal y corrobora la necesidad de contrastar instituciones con cierto grado de homogeneidad. La comparación entre ordenamientos cuyas bases ideológicas o sociales son antagónicas, dándose algunas analogías formales o normativas, sólo puede servir para confirmar la insolidaridad política y social. El cuadro que así se traza contiene una invitación a la polémica.

El método comparado, en el Derecho constitucional, puede emplearse de diversos modos, cualquiera de ellos sirve e incluso, dado su carácter empírico, cabe el uso simultáneo de algunos de ellos. Una de las condiciones ineludibles es el mantenimiento de una línea coherente con el carácter del método empleado. Es decir, puesto que el método comparativo es un método realista, es menester tener presente todos y cada uno de los factores que configuran la realidad política de un país; por ejemplo, para estudiar la Constitución política de ese país no basta considerar la carta escrita (11), sino el complejo de costumbres, usos políticos, el juego político de los partidos, el despliegue de las fuerzas políticas, la estructura social, las ideologías políticas preponderantes. Este presupuesto es imprescindible en cualquier estudio de Derecho comparado, sea en el Derecho privado o en las ramas del público que han suscitado mayor atención entre los comparatistas (penal, por ejemplo). En el ámbito del Derecho constitucional comparado el cumplimiento de aquel requisito ha de exigirse aún más, porque sus normas e instituciones están íntimamente unidas con los elementos ideológicos y con la estructura social.

Hay una serie de reglas que deben cumplirse para emplear con éxito el método comparado. Hemos hecho alusión a alguna de ellas,

---

(11) Adolfo POSADA, "Derecho político comparado". Victoriano Suárez. Madrid, 1906, pág. 224.

o nos referiremos más adelante, pero conviene establecer un cuadro sintético, en modo alguno exhaustivo.

Quien use el método comparado, en el Derecho constitucional, deberá atenerse, antes de contrastar las normas, instituciones, etc., a los resultados de una *observación* correcta de tales instituciones y normas. Ha de comprobar, por tanto, el efectivo juego de las mismas, a través de múltiples medios: discusiones parlamentarias, manifestaciones de las directivas de los partidos políticos, integración real de los ciudadanos con los contenidos ideológicos del régimen político, campañas políticas, polémicas de la prensa y otros medios de comunicación, uso de las facultades y competencias previstas por las normas constitucionales, reglas de corrección constitucional y demás elementos psicológicos, culturales, económicos y sociales que ilustran mejor en el conocimiento de las instituciones y normas que el simple cotejo literal entre ellas.

Una vez realizada la pertinente observación, en el cuadro social antes descrito, llega el momento de contrastar o *comparar* las instituciones, fenómenos, normas, regímenes, etc. Añadiremos a las observaciones ya indicadas (común civilización, bases ideológicas similares, estructuras sociales análogas), que la comparación ha de hacerse *teniendo en cuenta el sistema completo constitucional*, es decir, toda institución o norma está en función de complementaridad, en conexión significativa, con las restantes normas e instituciones, de manera que el desglose de alguna de ellas olvidando o situando en plano alejado, difuminado, las demás instituciones y normas, conduce a resultados negativos. De esta forma no se opera una auténtica comparación (12).

También deben evitarse los prejuicios estimativos. En el momento de la comparación se está operando en un campo neutro, indiferente a cualquier valoración. El presupuesto de la *objetividad* es algo connatural al uso del método comparativo. Podrán, claro está, deducirse luego conclusiones políticas estimativas, pero cuando se compara hay que atenerse sólo a la realidad escueta si no queremos falsear el acto comparativo.

Por lo tanto, la *observación* adecuada, la comparación *dentro del completo sistema institucional* y la *objetividad*, son tres presupuestos indispensables en el empleo del método comparado en el Derecho constitucional.

Vienen, después, las *consecuencias* obtenidas de la comparación pero estas aparecen estrechamente unidas con las *funciones* del De-

(12) Crítica la yuxtaposición de las normas jurídicas, Marc ANCEL, loc. cit. pág. 31. Sobre la necesidad de conocer el complejo de principios, conceptos y técnica jurídica característicos de cada ordenamiento. Cf. Giovanni FONTANA, *Introduzione al Diritto pubblico comparato*. Carlo Cya. Firenze, 1954, págs. 49, 88 y 89.

recho constitucional comparado, de suerte que las consideraremos en lugar oportuno.

¿Cuáles son las tendencias más típicas en la consideración del Derecho constitucional comparado?

SANCHEZ AGESTA (13) apunta estas tres direcciones:

a) *Valoración empírica e imitación histórica*. El intento consiste en cotejar órdenes diversos para contrastar la Constitución modelo. ARISTÓTELES (14) expresa este criterio en su *Política*.

b) *Hallazgo o comprensión de esencias comunes inducidas de la experiencia histórica*. Partiendo del análisis comparativo de diversos órdenes constitucionales, en los que se presume existe un fondo común, se llega a establecer los principios, también comunes, de esos órdenes (15).

c) *Discriminación comparativa de las peculiaridades de cada orden constitucional concreto*. Se trata de señalar la singularidad de ciertos órdenes constitucionales, o instituciones, al contrastarlas con las de otros pueblos. SANCHEZ AGESTA cita las obras de BRYCE y DICEY como ejemplos claros de este propósito.

GARCIA PELAYO (16) indica cuatro tendencias: las dos primeras, en cierto sentido, coinciden con la segunda y tercera aludidas por SANCHEZ AGESTA. La tercera se refiere a la posición adoptada por ESMEIN, que centra "el estudio en el Derecho constitucional de un país particular, de manera que sea éste el que se toma como término de comparación, interesando la organización jurídico-constitucional de los demás países únicamente en la medida que muestran similitud o contraste o sirvan de aclaración para aquel que forma el objeto central del estudio".

Por último, GARCIA PELAYO cita la obra de don ADOLFO POSADA que realiza una síntesis de los dos primeros métodos, aunque selecciona las Constituciones "tipos" teniendo en cuenta su importancia para la "mejor comprensión del régimen constitucional en España" (17).

La misma exposición de los ordenamientos constitucionales extranjeros puede revelar un peculiar sentido, que escapa a la mera

(13) "Curso de Derecho constitucional, Inglaterra, Estados Unidos, Francia, U. R. S. S., Portugal". Granada, 1955, págs. 15 y 16.

(14) ARISTÓTELES conoció más de un centenar de Constituciones de las ciudades de su época, reuniendo así un material precioso para comparar las instituciones políticas de su época.

(15) Un estudio modelo es el realizado por F. GLUM, *Das parlamentarische Regierungssystem in Deutschland, Grossbritannien und Frankreich*. C. H. Beck'sche. München und Berlin, 1950.

(16) "Derecho constitucional comparado". Manuales de la Revista de Occidente. Madrid, 1950, págs. 18 y 19.

(17) A. POSADA, "Tratado de Derecho político". Victoriano Suárez. Madrid, 1929, 4.ª ed. T. II, pág. 143.

descripción, uno tras otro de los mismos; por ejemplo, la "línea de evolución progresiva del proceso de racionalización de la vida política" (18).

En resumen, los estudios de Derecho constitucional comparado, pueden ajustarse a cualquiera de los esquemas arriba indicados, pero convendría insistir, una vez más, en la importancia de los factores ideológicos y de la estructura social. Los primeros porque son capaces de distanciar, tajantemente, bajo la aparente similitud de las formas, los ordenamientos e instituciones que se comparan. La estructura social, porque cualquier norma o institución separada de ella pierde el sentido original y es incapaz de reproducir en otro ordenamiento, de base social distinta, las efectividades o ventajas que posee en el suyo propio.

#### IV

Hemos visto que, en cuanto método, el Derecho constitucional comparado actúa delimitando, esto es, separando las analogías y diferencias. En este sentido, esa forma mental positiva que le es propia, le señala, de antemano, su actuación en un plano eminentemente empírico, inmanente a la variada fenomenología constitucional. En cambio, las funciones del Derecho constitucional comparado tal como las expondremos, *van proponiendo gradualmente una meta más elevada sin desprenderse de la base empírica*. En este sentido se asciende del conocimiento correcto de las instituciones, hasta el problema de la uniformidad del Derecho público. Conviene, sin embargo, insistir sobre la base positiva de estas funciones para no entrar ya en los dominios propios de la filosofía del Derecho.

¿Cuáles son las funciones del Derecho constitucional comparado? (19).

De forma análoga a lo que sucede en otras ramas jurídicas, el Derecho constitucional comparado puede servir para los siguientes propósitos:

a) Para obtener conocimiento más cabal de las propias instituciones (originalidad, defectos, rasgos genéricos).

Es natural que al enfrentar las instituciones propias con las extrañas se obtenga, si se ha empleado justo método, ese resultado, pues al comparar nuestras instituciones con las ajenas resaltan más las cualidades de cada una de ellas. Por otra parte, es indiscutible que el Derecho constitucional comparado tiene valor didáctico, pues si el conocimiento del ordenamiento constitucional se hace más efec-

(18) SANCHEZ AGESTA, ob. cit., págs. 22 y 23.

(19) A. POSADA, ob. cit. en nota 11, págs. 245 y ss.; Antonio AMORTH, *Corso di diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milanc, 1947., pág. 27.

tivo por medio de la comparación, es lógico que ello redunde en la mejor comprensión de aquél. (20).

b) Mediante el Derecho constitucional comparado se obtienen ciertos tipos y categorías de la fenomenología constitucional que pueden servir para contrastar los del Derecho constitucional general e incluso aumentarlos.

El estudio comparado del Derecho constitucional demuestra la existencia de ciertas tendencias y regularidades, características de varios grupos de ordenamiento: progresiva constitucionalización de los partidos políticos (21), crecimiento de las atribuciones del ejecutivo (22), control del extremismo político (23), reformas del trabajo parlamentario (24).

c) Como el Derecho constitucional comparado tiene contacto mayor con la realidad, sus enseñanzas pueden corregir la tendencia al formalismo y la abstracción que frecuentemente se producen en el ámbito del Derecho constitucional general. La compenetración entre el Derecho constitucional general y el comparado origina, en ese sentido, fructíferos resultados.

d) La función tal vez más útil es la de reforma y mejora de las instituciones que se consigue con el empleo del método comparado. El Derecho constitucional comparado no sólo resalta las analogías y diferencias entre las normas, instituciones y hechos, sino que, precisamente, al establecer esas analogías y distinciones, posibilita la conciencia de los defectos y ventajas, abriendo el camino a su reforma. En el caso de que en un país falte alguna institución o regulación que se considera necesaria, el conocimiento de las instituciones y normas existentes en otros países, correspondientes a ese caso, resulta imprescindible (25).

(20) Maurice DESLANDRES, *La crise de la science politique. Le problème de la méthode. La méthode comparative*, en *Revue du Droit public et de la Science politique*. Vol. XVI, 1901, pág. 62. Tulio ASCARELLI: *Studi di Diritto comparato e in tema di Interpretazione*. Ciuffrè. Milano, 1952, pág. LII.

(21) Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale (Lo Stato democratico moderno)*. Vol. II. Jovene. Napoli, 1950, págs. 239 y ss.

(22) La bibliografía es extensa. Nos limitamos a indicar: Michel DENDIAS, *Le Chef de l'Etat republicain et le Rajustement de l'Executif. Au seuil de la Dictature*. Sirey. Paris, 1937; Emil GIRAUD, *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir executif*. Sirey. Paris, 1938.

(23) Karl LOEWENSTEIN, *Contrôle législatif de l'extrémisme politique dans les Démocraties européennes*. Librairie générale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1939.

(24) François GOGUEL y otros, *Le travail parlementaire en France et à l'étranger*. Presses Universitaires de France. Paris, 1955.

(25) El conocimiento y estudio del Derecho constitucional extranjero es muy conveniente en los momentos previos a la reforma de la Constitución. Sobre la importación de instituciones, Cfr. F. LARNAUDE, *Droit comparé et droit public*, en "*Revue du Droit public et de la Science politique*. Vol. XVII, 1902, págs. 12 y ss.; MONACO, *Appunti di diritto pubblico comparato*. Torino, 1936, pág. 182.

Otra cuestión que merece examinarse es la posibilidad de una uniformidad del Derecho constitucional de los diversos países.

F. LARNAUDE se planteaba el problema en su ponencia presentada al Congreso internacional de Derecho comparado de 1900 (26). En el campo del Derecho público —sostenía el autor francés— la ventaja de la uniformidad sería menor que en el Derecho privado. En este último los conflictos son incesantes a medida que se multiplican las relaciones internacionales. En cambio, en el Derecho público (constitucional y administrativo) los conflictos de las legislaciones escasean, "*et la grande règle des lois d'ordre public est la pour apaiser les internationalistes les plus intraitables*".

LARNAUDE, veía con optimismo el porvenir de la uniformidad del Derecho público de los países correspondientes a una misma civilización.

En efecto, esa armonía sólo puede efectuarse entre países que forman parte de un mismo círculo cultural, que tienen una tradición política y estructura social semejante. Actualmente, la tensión ideológica ha agrupado a los países europeos en dos bloques enfrentados. Las instituciones de los pueblos de cada uno de estos grupos se asemejan, de manera que es posible compararlas y establecer tipos valerosos para todas ellas.

En resumen, estas funciones —y otras que podrían añadirse— del Derecho constitucional comparado, implican tres reflexiones que se desprenden del uso de la comparación (27).

- 1) El método comparado nos enseña cómo se resuelven, por los diversos ordenamientos, problemas semejantes.
- 2) El método comparado aumenta el conocimiento de las posibles soluciones de esos problemas.
- 3) El método comparado indica que la regulación del Derecho vigente es *sólo una de las tantas regulaciones posibles* entre otras muchas.

Son tres lecciones obtenidas de la experiencia y ésta es imprescindible en cualquier regulación de la convivencia social pero, sobre todo, viene exigida en las normas que se refieren a la configuración de la existencia política de una comunidad.

---

(26) Loc. cit., pág. 21. Sobre el problema de la unificación legislativa. Cfr. FONTANA, ob. cit., págs. 100 y ss.; A. F. SCHNITZER, *De la diversité et de l'unification du droit. Aspects juridiques et sociologiques*, Verlag für Recht und Gesellschaft Bâle, 1946; Lorenzo MOSSA, *Di un diritto privato dell'Europa in Nuova Rivista de Diritto commerciale, Diritto del Economia, Diritto sociale*, Pisa, vol. VI, 1953.

(27) Las tres consideraciones las tomamos de Helmut COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co. Berlin, 1950, pág. 281.

## V

Si el Derecho constitucional comparado, en cuanto método, es resultado de una forma mental positiva, conviene saber, además, la eficacia y fortuna de tal método. Dicho con otras palabras: ¿hasta qué punto es capaz el método comparado de ofrecer una imagen, lo más perfecta y completa posible, de la organización constitucional contemporánea?

Para averiguar esto hay que discriminar los elementos que se prestan mejor a la comparación, de los que presentan dificultades en materia constitucional.

De modo semejante a como ocurre en Derecho privado, los sistemas de normas, las instituciones, los usos, la jurisprudencia, son susceptibles de comparación, guardando las reglas técnicas anteriormente descritas. Ahora bien, hemos subrayado, repetidamente, la eficacia de los factores ideológicos que actúan principalmente: 1) Como elementos diferenciadores de las formas políticas, de suerte que suscitan la aparición de estructuras constitucionales impregnadas de la fórmula política inspiradora; 2) Como conjunto de afirmaciones que configuran la Constitución sustancial del Estado, norma básica del ordenamiento jurídico. La cuestión entonces consiste en saber si la comparación opera con éxito al aplicarse a las ideologías. La respuesta parece ser más bien negativa y esto por varias razones: a) El carácter totalizador y dogmático de las afirmaciones políticas; b) el esfuerzo connatural de todo sistema de creencias políticas en diferenciarse plenamente de los demás; c) la proclividad de los sistemas ideológicos al choque dialéctico. Estos motivos contradicen, en términos generales, las características metódicas del Derecho constitucional comparado, en la medida que éste aparece como forma mental positiva, y actúa con categorías concretas.

Esto no quiere decir que en otro campo (historia de las ideas políticas, sociología de los movimientos políticos) no quepa el contraste y comparación entre sistemas de creencias políticas; pero, sin embargo, en el ámbito del Derecho constitucional nos encontramos ante esta paradoja: por un lado, la inexcusabilidad de tener en cuenta, en la comparación de instituciones, normas, usos, jurisprudencia, los factores ideológicos; por otro, la dificultad de reducir tales elementos a los términos concretos y positivos que la comparación institucional, normativa, exige. Esta dificultad se aminora en el Derecho privado, pero en el público es inevitable y necesaria. Ello nos lleva a la espinosa cuestión de si el constitucionalista realiza una consideración exclusivamente jurídica o también política, cuestión que escapa a los límites de este trabajo, pero que plantea *a radice* la esencia del Derecho constitucional.

Por otra parte es patente la importancia del estudio del Derecho

constitucional comparado (28), como se deduce del análisis de sus funciones y de la eficacia del método que emplea. Puede afirmarse que no es posible una ciencia del Derecho constitucional sin el método comparado. Los grandes maestros de la Ciencia política ARISTOTELES (29), POLIBIO (30), FORTESCUE (31), MONTESQUIEU (32), entre los clásicos; BRUNIALTI (33), BRYCE (34), ESMEIN (35), HATSCHEK (36), POSADA (37), entre los modernos, usaron, con fortuna, el método comparado.

Hay huellas en el mismo desarrollo del constitucionalismo que manifiestan pretensiones de universalidad: consideración por la doctrina del régimen constitucional como privativo de los países civilizados o con instituciones representativas, afán de los nuevos Estados aparecidos de ajustarse a las instituciones y modelos políticos occidentales, prurito de *tener* Constitución. Esta universalidad sirve de excelente punto de apoyo para la delimitación de las analogías y diferencias.

En los orígenes del constitucionalismo, la Constitución inglesa ejerció notable influencia a través de las diversas interpretaciones de que fué objeto (38); posteriormente, la norteamericana y las Constituciones surgidas de la revolución francesa, sirvieron de fuentes ins-

(28) Para Derecho comparado, SCHNITZER, ob. cit., págs. 42 y 43; sobre el Derecho constitucional comparado, AMORTH, ob. cit., págs. 35 y ss.; LARNAUDE, loc. cit., pág. 7. Sobre el método comparado en el Derecho constitucional, Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *I metodi di studio del Diritto costituzionale comparato*, "Il Politico". Rivista di Scienze Politiche. Pavia, Anno XVI, n.º 21. 1951.

(29) Fulvio MAROI, *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione del diritto privato*, en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1930, pág. 185.

(30) Sobre Polibio Cfr. William Archibald DUNNING: *A history of political theories Ancient and Modern*. Macmillan. New York, 1953, págs. 113 y ss.

(31) FORTESCUE, en su *De laudibus legis angliae* realizó comparaciones entre el Derecho romano, el continental europeo y el *common law*.

(32) J. P. NIBQYET: *Montesquieu et le droit comparé en La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, *Bicentenaire de L'Esprit des lois 1849-1948*. Sirey. Paris, 1952, págs. 255 y ss.

(33) *Il Diritto costituzionale e la Politica nella scienza e nelle istituzioni*. U. T. E. Torino, 1896.

(34) *Studies in history and Jurisprudence*. Oxford, 1901. Vol. 2; *The comparative method in law*, en "Journal of the Society of comparative legislation and international law. 1901, pág. 459. "Constituciones flexibles y Constituciones rígidas". Instituto de Estudios políticos. Madrid, 1952.

(35) *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, en "Bull. trim. de legis. comp." 1900, XXIX, pág. 373.

(36) *Allgemeine Staatsrecht auf rechtsvergleichenden Grundlage*. Leipzig, 1903, 3 vols.

(37) Adolfo POSADA: "Tratado de Derecho político". Victoriano Suárez. Madrid, 1929, tomo II, págs. 140 y ss

(38) Me permito citar mi artículo: "Alabanza y menosprecio de la Constitución inglesa", en "Revista de la Facultad de Derecho. Universidad de Oviedo. Diciembre, 1954. N.º 71, págs. 59 y ss.

piradoras. El proceso de imitación de las instituciones liberales se extendió a los países orientales hasta la primera guerra mundial. Luego se imitaron las Constituciones centro-europeas (Constitución de Weimar, austriaca, checoslovaca), pero la irrupción de los totalitarismos acabó con este ciclo.

En la actualidad, el problema parece ser éste: ¿En qué medida las instituciones políticas, de diversos países, traducen un mismo núcleo ideológico? Concretando más, podría centrarse, por ejemplo, la cuestión en fijar los caracteres de la democracia liberal y de la democracia marxista. Además, la afirmación de ideologías políticas, ha creado grupos de instituciones, formas de organización y conjuntos normativos análogos que actúan sobre distintas bases sociales (sociedades industriales, sociedades agrícolas), pueblos que hasta hace poco fueron colonias. Estas bases sociales configuran los sistemas institucionales de modo característico.

Es curioso observar que así como abundan los estudios de Derecho constitucional comparado sobre instituciones concretas (39), es-

---

(39) Son bastante numerosos los estudios monográficos sobre materias de Derecho constitucional comparado. Nos limitaremos a recoger algunas obras aparecidas recientemente. Sobre *Derechos fundamentales*, son valiosos: Felice BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti*. Sansoni, Firenze, 1946; Fritz HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart "Musterschmidt"*. Wissenschaftlicher Verlag Göttingen. Frankfurt. Berlin, 1954; Ferrubio PERGOLESI, *Orientamenti sociali delle Costituzioni contemporanee*. Libreria Editrice Fiorentina, 1948; Prieto VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*. Giuffrè. Milano, 1947; August WIMMER y otros, *Die Menschenrechte in christlichen Sicht*. Verlag Herder. Freiburg, 1953.

Sobre *Derecho electoral*, G. LACHAPPELLE; *Les régimes électoraux*. Colín. París, 1954. Es abundantísima la bibliografía sobre Sociología electoral: GOGUEL, DUVERGER, LAVAU, etc.

Para *Derecho parlamentario*, Manuel FRAGA IRIBARNE, "La reforma del Congreso de los Estados Unidos. La L. R. A. de 1946". Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1951. Cfr. la obra de GLUM citada en la nota 15 y la de GOGUEL y otros en la nota 24; Giuseppe GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*. Jovene. Napoli, 1948 (espléndida monografía).

Sobre *Partidos políticos*, la literatura es enorme. Me remito a mi bibliografía sistemática de Derecho constitucional en el BOLETIN próximo.

Otras monografías interesantes, son: Jacques BOURQUIN, *La liberté de la Presse*. Librairie Payot. Lausanne, 1950; Maurice MAIER, *Le veto législatif du Chef de l'Etat. Etude de droit constitutionnel comparé*. Librairie de l'Université Georg & C Genève, 1948; Hans SPANNER, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Springer Verlag Wien, 1951. El autor del presente trabajo ha estudiado el problema, "Estado liberal de derecho y Estado social de derecho". Acta Salmanticensis, Universidad de Salamanca, 1955.

Consideraciones de conjunto las ofrecen Carlos OLLERO, "El derecho constitucional de la postguerra", el primer estudio de conjunto aparecido en España que aborda, de manera sistemática, los problemas suscitados por las nuevas Constituciones; B. MIRKINE GUETZEVITCH; *Les Constitutions Européennes*. Presses Universitaires de France. París, 1951. Vol. I (*Essai synthétique*).

casean, en cambio, las obras de conjunto que se planteen rigurosamente los supuestos básicos de esta disciplina (40). Acaso se deba a que se conviene en el uso del método comparado, pero no se estima que su empleo conduzca a una ciencia sustantiva del Derecho constitucional comparado. Sin embargo, esto no explica, satisfactoriamente, la existencia de tantas obras que se titulan "Derecho constitucional comparado". Claro está que la mayoría de ellas se reducen a exponer, una tras otra, las Constituciones de diversos países, siendo, por tanto, más bien, estudios de ordenamientos extranjeros antes que auténticos tratados de Derecho constitucional comparado (41).

Por otra parte, conviene revisar el contenido y métodos del Derecho constitucional general para comprobar en qué medida corresponden al campo del Derecho constitucional comparado, o al menos qué papel ha desempeñado, en aquél, el método comparado.

## VI

En conclusión, el método y funciones peculiares configuran al Derecho constitucional comparado como forma mental positiva de una época, la actual, que se sirve de la comparación —instrumento delimitador— para encontrar las líneas estructurales, institucionales y normativas en cierto modo comunes a medios sociales semejantes. Existe el intento de corregir, y perfeccionar, los propios ordenamientos e instituciones. Esta finalidad es altamente humana, pues si todo Derecho está constituido en provecho del hombre, cualquier mejora jurídica redundará en beneficio de éste. Es lícito, pues, hablar del valor humano del Derecho constitucional comparado, que se enfrenta, nada menos, que con el problema de mejorar la pacífica convivencia humana.

---

(40) Tan sólo, que sepamos, las obras citadas de POSADA, AMORTH, FONTANA, MONACO, RAVA. Además, ANDERSEN, *Veigleichende Verfassungsrecht der Gegenwart*. Berlín, 1897; I. W. BURGESS, "Ciencia política y Derecho constitucional comparado". Madrid, s. f.; F. GOODNOW, "Derecho administrativo comparado..." Madrid, s. f.; L. ROSSI, *Appunti di diritto pubblico comparato*. Roma, 1934-35; A. GROPPALI, *Diritto pubblico comparato. Dottrina dello Stato, Sociologia in Sociologia e Diritto*. Editrice Ambrosiana. Milano, 1945, págs. 17 y ss.; 22 y ss.

(41) Para la distinción entre Derecho comparado y estudio del Derecho extranjero, FONTANA. *ob. cit.*, págs. 48 y ss.

# NOTAS

## La separación de poderes

### 1.—El principio de la separación de poderes.

Es sabido que fué Montesquieu quien formuló por vez primera, de modo dogmático, el principio de la separación de poderes, aunque se encuentran atisbos de ese principio en otros autores anteriores. (Aristóteles, Marsilio de Padua, Locke.) (1).

Montesquieu comprobó, al estudiar la Constitución inglesa, que se daba en ella una distinción neta entre los distintos poderes —el legislativo, ejecutivo y judicial— y observó que esa distinción constituía la mejor garantía para la libertad de los

---

(1) Sobre el principio de la separación de poderes, MARANINI, *La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia 1928. LA TORRE, *Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri* en "Riv. dir. pubbl.", 1929, I, p. 619, GAROFALO, *La divisione dei poteri*, Catania 1932, CARENA, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale* en "Annali scienze pol." 1932, WEIDNER, *Der Grundsatz der Gewaltenteilung*, Breslau 1932, EISENMANN, *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs* en "Mélanges Carré de Malberg" París, 1933, p. 163, LA BIGNE DE VILLENEUVE, *La fin du principe de la séparation des pouvoirs*, París, 1934, DONATI, *Divisione e coordinamento dei poteri* en "Arch. dir. pubbl." 1938, p. 5, MIELE, *Equilibrio fra potere legislativo e potere esecutivo* en "Studi sassaresi" 1948, FODERARO, *La teoria della divisione dei poteri* en "Riv. dir. pubbl." 1939, p. 745, ROSSI, *Analisi della divisione dei poteri* en "Riv. dir. pubbl." 1939, p. 5, MORTATI, *Esecutivo e legislativo nella attuale fase del diritto costituzionale italiano* ibidem 1940, I, p. 301, LIPARITTI, *Considerazioni generali sulla funzione normativa dello Stato e sulla teoria della divisione dei poteri* en "Arch. giur." 1943, p. 150, LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)* en "Riv. dir. pubbl." 1944-6, p. 11, BALZARINI, *La divisione dei poteri nella nuova costituzione* en "Dir. del lav." 1948, I, 3 y 189, MIRKINE-GUETZEVITCH, *Alcune riflessioni sulla separazione dei poteri* en "Riv. dir. pubbl." 1949, I, p. 19, IDEM., *Montesquieu, sa pensée politique et constitutionnelle*, París 1952, KUESTER, *Das Gewaltenteilungsproblem in modernem Staat* en "Arch. öff. Rechts" 1949, p. 397, PUGET, *L'apport de Montesquieu à la science politique et au droit public* en *Revue du droit public* 1952, p. 5, ZANGARA, *Studio sulla separazione dei poteri* en "Scritti in on. della Cedam" II, p. 421.