

Diego LÓPEZ GARRIDO, Marcos F. MASSÓ GARROTE y Lucio PERGORARO (dirs.),
Nuevo Derecho Constitucional Comparado, Tirant lo Blanc, Valencia 2000,
671 págs.

por

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

INTRODUCCIÓN

La breve recensión que dediqué en el número 714 de la *RCDI* (pág. 2261) a uno de los más recientes Manuales italianos de la materia (1), iba precedida de una explicación —que entendí obligada— al hecho de que un privatista se hiciera eco de una obra comparativa especializada en una rama de Derecho Público. No aludí a la larga experiencia que en la doctrina italiana poseen sobre el mismo tema a partir del precursor *Corso di diritto costituzionale de Amorth* (1947). Omití también la referencia a este importante Manual español, que, aunque publicado a comienzos del siglo, conserva fundamentalmente su valor pedagógico, omisión que subsano, pues sigo creyendo que, entre nosotros, un comparatista de matriz civilista puede y debe prestar igualmente atención a las obras generales sobre el tema que se publiquen en España.

RAZÓN DE SER

Se expresa en la *presentación* (págs. 23-26) redactada por los directores con cierto estilo de manifiesto fundacional: «El año 2000, el de la publicación de este *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, será recordado como símbolo del inicio de formas de vida vertiginosamente diferentes de las que presidieron la centuria que muere. Por que causas, las tenemos a la vista: las revoluciones tecnológicas, de la comunicación audiovisual, del transporte y, por tanto, de las relaciones económicas laborales y sociales. Entramos en la era de la globalización» (...). «El Derecho Constitucional, sea norma, sea disciplina científica y académica, ha poseído por dos siglos un cuño inequívocamente estatal y una tendencia a cerrarse sobre sí mismo utilizando la orgullosa *soberanía*. Constitución y soberanía han sido almas gemelas. Pues bien, este tipo de Derecho Constitucional exclusivamente nacional, en el año 2000 ya no es posible (...).

(1) *Diritto costituzionale comparato* (a cura de P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI) (Bari, 2009).

Hoy, el contexto político-jurídico del constitucionalismo es: pluralismo en vez del cerrado unitarismo; descentralización hacia abajo y cesión de soberanía estatal y decisión política y económica hacia arriba; ruptura de una ciudadanía nacional homogénea ante el pluralismo étnico de las sociedades occidentales, afectados por el fenómeno enriquecedor y contradictorio de la inmigración; universalización y profundización intensas de los derechos humanos a través de la ampliación de las garantías judiciales de las personas ante tribunales de derecho internacional y de las garantías políticas (derecho de *ingerencia humanitaria*). A través de la creciente reivindicación de los derechos sociales, como en el debate suscitado en la Unión Europea sobre la aprobación de una Carta de Derechos Fundamentales vinculante».

Con acierto se señalan en la obra los preceptos de la CE de 1978, que captaron esta transformación del constitucionalismo: los artículos 10.2 y 93, la doctrina de las leyes orgánicas imitada de la experiencia francesa, los decretos-leyes y las leyes delegadas, de la italiana, etc. Entre nosotros —constata la presentación— no es casual que, con frecuencia, sea posible encontrar ensayos en los cuales el estudio comparado no sea melancólicamente relegado a las notas o a inconsistentes capítulos o párrafos que sirven de soporte a la investigación sobre el derecho propio.

Pero se denuncia una grave deficiencia entre nosotros que la obra trata de subsanar: «Si la doctrina constitucional [española], en parte, ha tomado el camino de la comparación, existe todavía una gran ausente: la Universidad española, donde la enseñanza del Derecho Comparado, a diferencia de otros países como Italia, Alemania, Francia e incluso Estados Unidos, es casi desconocida o por lo menos poco ejercida en las Facultades Jurídicas y de Ciencias Políticas. La consecuencia perceptible más directamente es ésta: la falta de conexión entre investigación y didáctica corre el riesgo de desincentivar a la primera, o por lo menos la priva de un impulso que, en la época de una gran integración comunitaria más estrecha y de una creciente globalización, aparece indispensable para los que no entendemos constreñir el estudio del Derecho Constitucional a los estrechos confines nacionales».

Parece muy atinada la motivación, y exacta la grave deficiencia pedagógica que sufre entre nosotros el Derecho Comparado, no corregida —incomprendiblemente— en la denominada «Convergencia de Bolonia», aunque en la lista ejemplificativa de países que sí incluyen su enseñanza en los Planes de Estudio no se mencionan a otros como pueden ser Inglaterra, Canadá, Bélgica u Holanda.

OBRA ELABORADA EN EQUIPO

No faltan en la bibliografía constitucional española títulos que, expresamente y ya en su enunciado, abordan aspectos comparativos, de los cuales la presentación sólo menciona a dos únicos autores, PÉREZ SERRANO y GARCÍA PELAYO. Prescindiendo de otras explicaciones que a dicho fenómeno se ofrecen (2),

(2) Con referencia al periodo preconstitucional, se dice en la obra recensionada: «La ausencia de sistema constitucional y democrático hizo que los profesores de Derecho Político se acercaran a la Ciencia Política, la Historia, la Sociología y, también, al Derecho Comparado. Igualmente, ante la falta de otros contenidos, la asignatura de Derecho Político era cubierta en parte con Derecho Comparado. Todo ello se conformó, por momentos, de manera errónea, al usarse el recurso al Derecho Comparado como fin en

creo que la *novedad* del presente estudio constitucional comparado radica en la nueva concepción metodológica con que se ha afrontado su elaboración. A diferencia de obras pretéritas, se ha pensado —a mi juicio, con acierto— que sólo un equipo de expertos puede acometerla con garantía de éxito; pluralidad de colaboradores principales (3): unida a diversidad de la nacionalidad de aquéllos (en total hay cuatro profesores italianos y nueve españoles, entre los colaboradores principales) lo que eventualmente puede suponer diversidad de escuelas —aunque los primeros son mayoritariamente docentes de la asignatura *Diritto pubblico comparato*, asignatura inexistente entre nosotros— y metodologías no necesariamente coincidentes en todos —ya que, tanto en España como en Italia, se diferencia entre el Constitucional y el Administrativo—.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO COMO RAMA SEPARADA DEL DERECHO PÚBLICO COMPARADO

Es exacto afirmar que el Derecho Comparado nace con ocasión del Congreso de Derecho Internacional celebrado en París en 1900 (4), y que a lo largo de la historia hay precursores medievales y modernos, no faltando intentos más o menos logrados de comparaciones entre el Derecho Romano y el Canónico, y también se hicieron con la legislación judía y con los diversos derechos consuetudinarios que surgieron en Europa como consecuencia de las invasiones de los pueblos germanos (5). Pero a los iuspublicistas tales precedentes pueden parecerles menos interesantes, aunque tampoco desdeñan las aportaciones de autores de épocas anteriores a las actuales, como SELDEN, MONTESQUIEU, LEIBNITZ y GROCIO, y, ulteriormente, la Escuela de Heidelberg con THIBAUT y ZACHARIAE, que también solemos citar por su importante protagonismo los iusprivatistas (6). Puede entenderse que la aparición del *Ius Commune* y el fenómeno de la Recepción del Derecho Romano en los diversos países europeos carezcan para los iuspublicistas que cultivan el Derecho Comparado de singular importancia, y lo mismo se diga del casi silencio por su parte del estudio de la Codificación (7) muy vinculada, como se sabe, a aquellos fenómenos. Lo que interesa, hoy, a los comparatistas iuspublicistas es el Constitucionalismo que va a surgir casi co-

sí mismo y no como instrumento o medio para fundamentar y argumentar en torno a las instituciones propias o a las que se quieren introducir» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Nota previa*, a la extensa bibliografía final, pág. 633 y sigs.).

(3) Se enumeran asimismo —uso que juzgo harto laudable— los nombres de otros colaboradores de la obra en tareas que se han considerado menos principales.

(4) *Op. cit.*, pág. 29. En este Congreso el iuspublicista KOHLER presentó su famosa ponencia sobre el método en el Derecho Comparado, publicado luego en alemán: «Über die Methode der Rechtsvergleichung», en *Z. für intern. Privat u. Öffentliches Recht*, 1901.

(5) Cfr. GARCÍA CANTERO, «Nacimiento, desarrollo e importancia actual del Derecho Comparado», en el volumen *Estudios de Derecho Comparado* (Zaragoza, 2010), pág. 36 y sigs., con mención expresa de algunos de estos trabajos.

(6) GARCÍA CANTERO, *op. últim. cit.*, pág. 38 y sigs.

(7) Aunque no deja de reconocerse que «los estudios comparativos recobran su vigor en la segunda mitad del siglo XIX por efecto del fenómeno de circulación de los modelos napoleónicos, especialmente el modelo francés, en la praxis de Europa oriental y de la América del Sur», si bien se reconoce lo limitado de sus frutos al añadirse, «aunque prevalece una comparación que no logra ir más allá de la yuxtaposición de los textos y no logra distinguir el estudio de Derecho extranjero del estudio del Derecho Comparado» (*op. cit.*, pág. 32).

eténeamente en Estados Unidos y en Francia, y se difundirá, primero en el mundo occidental, y, luego, al resto del mundo. Pero, en realidad, ni la distinción —romana en su origen— *ius publicum-ius privatum* se llevará a sus últimas consecuencias, ni en el largo camino que condujo a la creación moderna de la asignatura dejó de haber notables aportaciones por parte de los cultivadores de ambos sectores del ordenamiento (8). Por otra parte, tales omisiones y silencios se subsanan ulteriormente en la obra.

EL DERECHO COMPARADO COMO CIENCIA Y COMO MÉTODO

Partiendo de que, a lo largo del siglo pasado, se ha reconocido el carácter científico del Derecho Comparado en general y la singularidad de su método (9), se da el paso lógico para reivindicar el carácter científico autónomo del Derecho Constitucional Comparado y del método que le es propio. Los autores de esta obra ponen en guardia sobre la dificultad de comparar ordenamientos e institutos que estén a caballo entre el Derecho Público y el Privado, o que evolucionan lentamente hacia uno u otro (10). Por otro lado, subrayan que también está adquiriendo notable importancia el Derecho Administrativo Comparado, pudiendo configurarse en el futuro otras ramas como el Derecho Eclesiástico Comparado, el Derecho Parlamentario Comparado, el Derecho de los entes locales comparado, etc. (11).

FINALIDADES

Se observa, en primer lugar, que los resultados comparativos resultan indispensables en sede de elaboración legislativa, especialmente en la modificación de los textos constitucionales, con singular aplicación a la elaboración de las nuevas constituciones de los países salidos de regímenes dictatoriales (no sin la advertencia de la importancia de lo autóctono que puede condicionar el buen funcionamiento de una *institución recibida* de otro ordenamiento). En segundo lugar, la uniformización del material legislativo, con especial aplicación al Derecho Comunitario. En tercer lugar, la elaboración de los tratados y convenciones internacionales. En cuarto lugar, en fase interpretativa de normas supraestatales (12).

MODELOS, CIRCULACIÓN, RECEPCIÓN

Constituyen un buen ejemplo de cómo hay fenómenos que se han producido en el campo del Derecho Privado (con referencia a los Códigos Civiles los

(8) La Escuela Española de Derecho Natural —que se reputa fruto lozano del *mos italicus* entre nosotros—, se va a proyectar inicialmente sobre los problemas de Derecho Internacional Público derivados del descubrimiento y de la conquista española de América, mientras que el holandés Hugo Grotio se va a centrar en las consecuencias políticas de las guerras de religión europeas. Todo ello sin perjuicio de que epígonos de una y otra escuela realizaran notables aportaciones en el ámbito del Derecho Privado.

(9) A este respecto, pueden verse los impecables razonamientos que figuran en el capítulo 1.º introductorio, debidos a los profesores PEGORARO y RINELLA, *op. cit.*, pág. 33.

(10) *Op. cit.*, pág. 34.

(11) *Op. cit.*, pág. 35.

(12) *Op. cit.*, pág. 36 y sigs.

ha estudiado en profundidad Sacco, citado ampliamente en la obra), y se reiteran en la práctica del Derecho Constitucional Comparado, percibiéndose similares peligros al advertirse que «el riesgo del mal éxito de la recepción es tanto o más elevado cuanto mayores resulten haber sido los malos entendidos que caracterizan la fase propedéutica a la recepción, equivale a decir del estudio comparativo del modelo» (13).

COMMON LAW Y CIVIL LAW

Aunque el estudio específico del Derecho Constitucional Comparado arranca de los dos modelos básicos, el norteamericano basado en la supremacía de la constitución, y el francés caracterizado por la supremacía de la ley, tema al que se dedican los capítulos 2.º y sección 1.ª del capítulo 3.º, la obra no puede soslayar la clásica distinción epigrafiada, que aparece acertadamente enunciada y desarrollada por los mismos autores italianos PEGORARO y RINELLA (14).

LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

No es materia que interese a los lectores habituales de esta revista. Baste decir que se inicia con los sistemas de protección de los derechos humanos, prosigue con las instituciones políticas (formas de gobierno, los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, el Tribunal Constitucional y la Administración Pública), la organización territorial del Estado y la representación democrática. Algunos temas son, sin duda, también de interés comparativo general.

REFLEXIÓN FINAL

Me congratulo de que se incremente la parca lista de comparatistas españoles, versando el volumen sobre una rama apenas cultivada con criterios actuales (por ello creo adecuado el calificativo de *nuevo* para designarlo), que no aspira, sin embargo, a construir *ex novo* (15), sino que parte de las raíces reconocidas en todos los países al Derecho Comparado (16).

(13) *Op. cit.*, pág. 47.

(14) *Op. cit.*, pág. 90 y sigs.

(15) Son frecuentes las citas de comparatistas clásicos y de otros más modernos, por ejemplo: KOHLER, GUTTERIDGE, PIZZORUSO, ROTONDI, SACCO, CONSTANTINESCO, MATTEI, ZWELGERT, KOCH, etc., y también se hace mención bibliográfica de prestigiosas revistas especializadas: *Revue Internationale de Droit Comparé*, *International and Comparative Law Quarterly*, *American Journal of Comparative Law*.

(16) Así: el reconocimiento expreso de la familia basada en la tradición del Derecho Romano (pág. 90), en el hecho de que el jurista de ésta se forma normalmente en la Universidad, en la existencia actual de sistemas mixtos y en la conveniencia de mantener la dicotomía (pág. 91) [opinión que mantengo personalmente en *Estudios de Derecho Comparado*, cit., pág. 304, aunque no sólo a efectos de la reconstrucción de fuentes], en la supervivencia del Derecho Romano y del *ius commune* (pág. 120), y en el hecho de que las codificaciones francesa, alemana y suiza representaron modelos de recepción de alcance ecuménico (pág. 122).