

A hand is shown with a world map painted on it. The fingers are spread, and the map covers the entire surface of the hand, including the palm and fingers. The colors of the map are vibrant, with various shades of blue, green, yellow, orange, and red representing different continents and countries. The background is a plain, light-colored surface.

# **EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO: OBSERVACIONES DESDE LA PERSPECTIVA EUROPEA**

**DRA. ILARIA ANNA COLUSSI**  
**- UNIVERSIDAD DE LIEJA (BÉLGICA) -**



# MAPA

- A. notas introductorias sobre el derecho comparado en general
- B. el derecho constitucional comparado
- C. actuales tendencias del derecho constitucional comparado europeo
- D. conclusiones





# SECCIÓN 1: NOTAS INTRODUCTORIAS



- naturaleza del derecho comparado
- objeto
- metodología
- finalidad

# 1. NATURALEZA DEL DERECHO COMPARADO



*Derecho autónomo o pura metodología de investigación?*

- Según los primeros teóricos de la comparación como Saleilles o Rabel, y actualmente según la doctrina italiana: ciencia autónoma, con suficientes características específicas y principios metodológicos propios que permiten diferenciarla de las restantes disciplinas jurídicas
- Según Gutteridge y otros: labor auxiliar en diversas disciplinas científicas, solo un método
- Según De La Sierra: doble naturaleza, sea ciencia con su método y objeto, sea método auxiliar a otras disciplinas jurídicas



## 2. OBJETO DEL DERECHO COMPARADO

- No es simplemente derecho extranjero, ya que el estudio del derecho extranjero constituye un paso previo por la comparación;
- estudio de procesos de transplante y circulación de normas desde un ordenamiento a otro, estudio de los fenómenos de hybridización, armonización, unificación normativa, de prestamos e influjos jurídicos





# 3. METODOLOGIA DEL DERECHO COMPARADO



Comparar implica el análisis por lo menos de dos entidades, por ejemplo dos ordenamientos o dos institutos jurídicos, no obligatoriamente homogéneos, haciendo una operación logico-analitica en la cual hay lo que se compara (*comparatum*), lo que se debe comparar (*comparandum*) y un término de referencia entre ellos (*tertium comparationis*).

El derecho comparado necesita un método jurídico con distintas etapas:

- elección de los elementos que se van a comparar: estos tienen que ser parecidos, pero no iguales, ni completamente diferentes, al fin que sea posible la comparación: macro comparación o micro comparación
- coleccionar el material (normas, doctrina, jurisprudencia, etc.)
- análisis de las características de los ordenamientos o institutos elegidos, y teniendo en cuenta la cultura lógico-jurídica - política, en la cual el ordenamiento o el instituto se inserte, la historia y la función concreta del instituto
- clasificación de los datos, intentando crear categorías o agrupaciones jurídicas



# 3. METODOLOGIA DEL DERECHO COMPARADO (SIGUE)

- en el pasado preferencia por el método storico (comparación como estudio de la evolución de un ordenamiento o un instituto) y estadístico
- ahora funcionalismo: estudio de la aplicación concreta de una figura, instituto jurídico, etc., a pesar del nombre que se le de:
  - A. funcionalismo por "formantes" (Rodolfo Sacco): teoria de las bases jurídicas a través de la cuales se forman los ordenamientos (legislación, jurisprudencia, doctrina y crypto-reglas no escritas)
  - B. funcionalismo "common core" o factual: comparación entre las soluciones jurídicas encontradas en diferentes ordenamientos, a pesar de la origen legislativa, jurisprudencial o doctrinal, y a pesar de la calificación formal
  - C. funcionalismo por modelos legales o sistemas legales





## 4. FINALIDAD DEL DERECHO COMPARADO

- finalidad de conocimiento: procesar esquemas y modelos que puedan servir para comprender más un sistema (*lege lata*);
- finalidad de inspiración: comparación como fuente de inspiración para modificar un sistema (*lege ferenda*);
- finalidad de auxilio a la interpretación judicial.



# SECCIÓN 2: EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO



## HISTORIA:

- ya en época clásica hay comparación por la busca del mejor sistema político (Platón, Aristoteles...), pero desde el nacimiento de los Estados constitucionales durante el siglo XVII empieza el interés por el derecho constitucional comparado;
- con las codificaciones, los movimientos revolucionarios y la escuela histórica del derecho en Alemania: impulso a la comparación;
- 1900: Saleilles y Lambert celebran el primer Congreso de derecho comparado, y consideran el Derecho Comparado como ciencia para llegar a una unidad jurídica fundamental en el mundo;
- Criticas a la autonomía del derecho comparado;
- mitad del siglo XX la doctrina italiana insiste por un derecho constitucional como ciencia autónoma, enfocado en el estudio de los ordenamientos constitucionales de diferentes países.



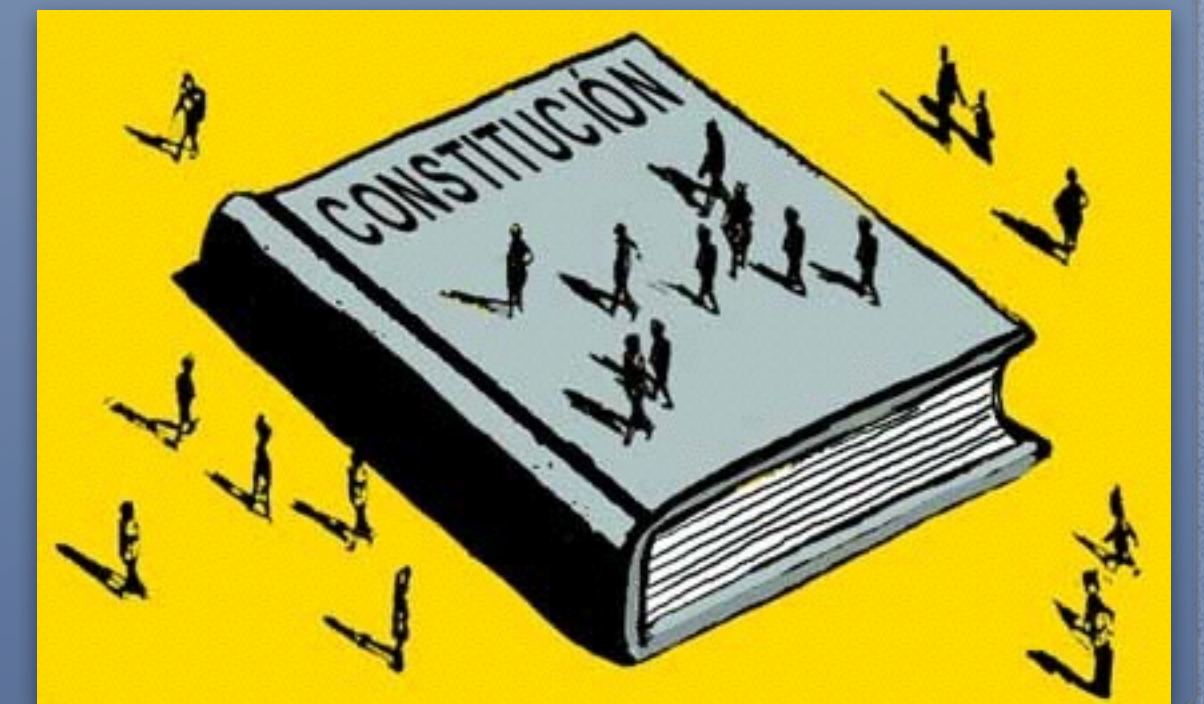
# QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO?

**DEFINICION:** área del derecho que usa el método comparado aplicado al derecho constitucional

- objeto: las instituciones, los principios, los institutos relativos a la organización del poder, y no las relaciones jurídicas inter-sujetivas de los individuos (área que pertenece al derecho privado), análisis del derecho positivo vigente y de la praxis constitucional (law in the books and law in action)
- finalidad: a) conocer y comprender diferentes ordenamientos para llegar a la construcción de clasificaciones en familias o categorías jurídicas; b) comprobar la compatibilidad de un ordenamiento con los modelos abstractos; c) facilitar la interpretación jurídica por lo tribunales y los profesionales del derecho; d) inspirar la preparación de nuevo textos normativos
- metodología: elección, busca de datos, análisis, contexto...

En Italia: metodo estrictamente jurídico.

En Francia, Inglaterra, EE.UU: incorporación de politica, economia, historia





# OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

- formas de Estado y de Gobierno
  - autonomías territoriales (federalismo, regionalismo, confederación...)
  - partidos políticos y sistemas electorales
  - estructura administrativa
  - sistemas judiciales
  - justicia constitucional
  - protección de los derechos fundamentales
- Microcomparacion (interno de un ordenamiento): confronto a nivel municipal, provincial, regional y estatal, o confronto con diferentes legislaciones regionales paralelas que se hayan aprobado en un mismo sector (ej: agricultura), o confronto entre institutos (ej: relación Gobierno-Parlamento en Francia e Italia);
- Macrocomparacion: confronto entre dos ordenamientos estatales, o entre un Estado y una organización internacional sobre el mismo tema (ej: derechos humanos),





# EJEMPLOS DE FINALIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

- formas de gobierno parlamentaria: tiene precisos elementos que la identifican (gobierno representativo, elecciones libres, confianza parlamentaria, control político del Parlamento sobre el Gobierno) → si un ordenamiento contiene algunos de estos elementos, aquello será definido como gobierno parlamentario en base a la comparación con el modelo abstracto de gobierno parlamentario;
- el instituto de las leyes excepcionales en situación de emergencia o terrorismo: gracias a la comparación comparada, se pudo justificar la creación de este tipo de leyes en Italia, aunque la Constitución no se expresa en propósito;
- art. 38, Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia dispone que el Tribunal aplica también los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”: fruto de análisis comparativa; analogamente, art. 6, TUE reconoce “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”;
- el presente debate en Italia (2016) sobre la reforma constitucional ha sido frecuentemente basados en consideraciones y menciones de las experiencias comparada.



# ALGUNOS CONCEPTOS CLAVE

A. formas de Estado: manera en la que se relacionan los tres elementos del Estado

*Relación población y soberanía:*

1. propuesta de división entre: Estado liberal/democrático (Europa), Estado autoritario/socialista/comunista (Rusia, Cuba), Estados de nueva independencia (resultante híbrida de principios y soluciones organizativas que se remontan a principios de tradiciones locales y soluciones inspiradas en el Estado liberal o en el socialista), según Biscaretti di Ruffia; Estados democráticos y pluralistas occidentales y Estados monopolíticos de partido único, según Aron
2. propuesta de familia jurídica: francesa, alemana, escandinava, inglesa, rusa, islámica, india, según Arminjon, Nolde y Wolff; familia de common law, civil law, sistema socialista, sistemas religiosos tradicionales, según David

*Relación territorio y soberanía:* estado unitario y federal (EE.UU., Alemania, Canadá, Austria, Brasil), o regional (Italia, España)





# ALGUNOS CONCEPTOS CLAVE (SIGUE)

B. formas de gobierno: formas de organización del poder (soberanía) según la titularidad del poder, o las modalidades de ejercicio, o los fines:

1. Monarquía, República, directorio;

2. formas con separación rígida entre Parlamento y Gobierno (monarquía constitucional y república presidencial), con vínculo fiduciario (parlamentarismo), modelo presidencial, semi-presidencial, de tendencia presidencial, directorial.

C. Tipos de Constitución:

1. históricamente, revolucionaria, liberal, democrático-social;

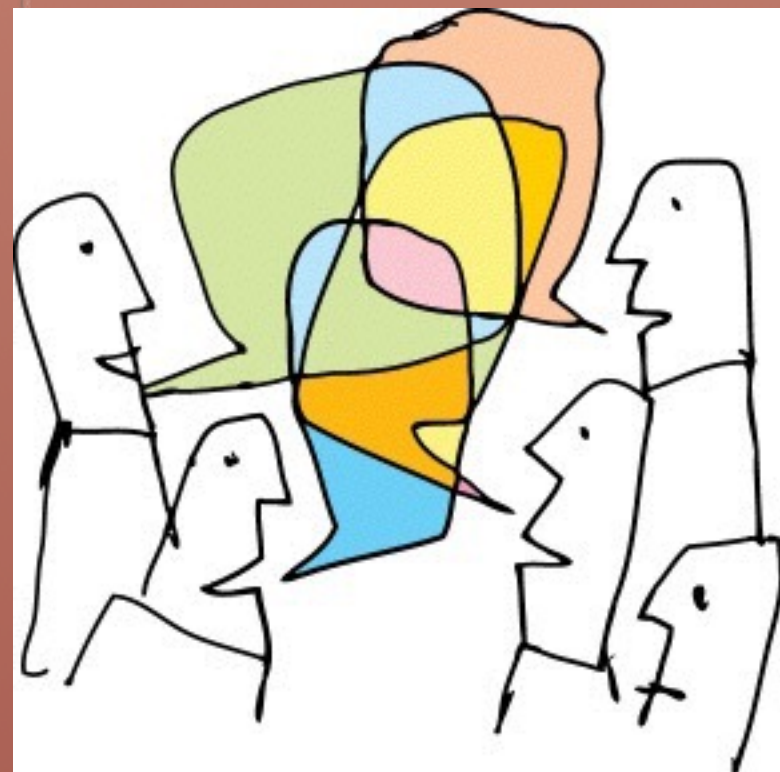
2. por modelos: no escrita y política, flexible, soberanía del Parlamento, juez fundamental ("stare decisis"), case law y equity (UK); escrita y "the supreme law of the Land" con "checks and balances" (EE.UU.), normativa, rígida, con supremacía de la ley y el juez como "boca de la ley" (Francia)

D. Control de constitucionalidad (control de conformidad de las leyes con la Constitución): difuso, o sea hecho por cada juez (EE.UU.), centralizado, o sea hecho por un Tribunal central (Austria, Italia, Alemania), control preventivo (Francia), control incidental sometido por parte de un juez (Italia, Alemania), recurso de amparo (España)



# SECCIÓN 3: ACTUALES TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

1. Influencia recíproca entre sistemas de "common law" y "civil law", y creciente homogeneización



- los sistemas de "common law", caracterizados como sistemas jurisprudenciales, flexibles, cuyo derecho privado o público está vinculado al derecho judicial, se vuelven más rígidos: "statute law" empieza a ser una fuente importante; en UK, el Human Rights Act como primera constitución escrita sobre derechos fundamentales; desafío por el concepto de soberanía parlamentaria en relación con el concepto de primacía del derecho comunitario europeo;
- los sistemas continentales de "civil law", de tradición romano-germánica, caracterizados por tener normas generales, abstractas, escritas y prevalentes sobre el derecho judicial, se flexibilizan: importancia del juez en áreas de vacío normativo como creador de derecho, y derecho dúctil y abiertos a los cambios sociales (Zagrebel'sky); instituciones centralizadas son sustituidas por autoridades independientes de tradición anglosajona

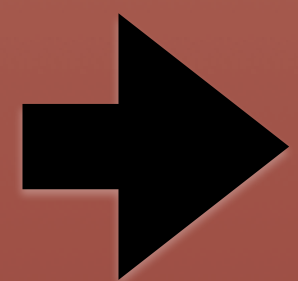


# ACTUALES TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (SIGUE)

2. creciente internacionalización e integración regional, que se refleja en las Constituciones nacionales:

- desarrollo de un marco común y estándares mínimos con respecto a los derechos humanos, gracias a los Tribunales internacionales de derechos humanos
- progresiva creación de un derecho constitucional común europeo que respeta las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la UE (art. 6 TUE y art. 53 Carta de Niza)

Hacia un derecho comparado orientado sea a un respecto de las diferencias en nombre del respecto del pluralismo y de las identidades constitucionales nacionales, sea a una progresiva integración entre los ordenamientos





# ACTUALES TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (SIGUE)

3. Dialogo entre los tribunales constitucionales: "constitutional cross-fertilization" y "transnational flow of legal standards" (Slaughter)

- comparación como metodo de interpretación judicial (Häberle)
- convergencia en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales





# EJEMPLOS DEL DIÀLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

- en EE.UU.: caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558 (2003)): con respecto a la legitimidad constitucional de una ley del Texas que prohibía relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, aunque en la intimidad de su hogar. La Corte Suprema invoca la sentencia *Dudgeon v. UK* del tribunal Europeo de los Derechos Humanos para fundar el derecho a la vida privada y superar el precedente judicial sobre las "sodomy laws". Entonces, la ley texana constituye una interferencia en la vida privada
- en Canada: caso *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2002, 1 S.C.R. 3) sobre la expulsión de un ciudadano hacia un Estado donde existe la tortura. La Corte invoca convenios internacionales sobre la protección de los refugiados y una decisión del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia sobre crímenes de guerra



# EJEMPLOS DEL DIÀLOGO ENTRE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (SIGUE)

- en Sudafrica: caso *S. v. Lawrence* (1997 (4) S.A. 1176): con respecto a la legitimidad constitucional del Liquor Act que prohibía la venta de alcohólicos en horas precisas del sábado y domingo. El Tribunal admite los límites impuestos por ley, en nombre de un principio de laicidad que la Constitución sudafricana no menciona, pero el mismo pertenece a la elaboración a nivel global;
- en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: caso *S. and Marper v. UK* (2008) sobre la detención indefinida de material genético en los bancos de ADN por parte de la policía, aún de personas licenciadas o inocentes. El Tribunal declara la ley inglesa ilegítima porque no respeta las condiciones según las cuales los derechos fundamentales pueden ser limitados (proporcionalidad). El Tribunal delinea el derecho a la vida privada a través de una intersección de fuentes internacionales, europeas y nacionales: osmosis entre ordenamientos e interpretación axiológica de los derechos fundamentales en caso de conflicto entre fuentes del derecho



## ...SIN EMBARGO

- Brexit (2016): retrocesión hacia la soberanía nacional y rechazo de la integración europea
- EE.UU. Constitution Restoration Act (2004): proyecto para prohibir el uso de fuentes extranjeras en la interpretación de la Constitución por parte de los jueces estadounidenses con excepción del common law inglés



# CONCLUSIONES

*“La comparación jurídica es un viaje, y el comparatista es un viajero. Él viaja para volver . Luego viaja para contar . Viaja para entenderse a sí mismo y a los demás” (Lupoi)*

- el derecho constitucional comparado nos empuja más allá de las fronteras nacionales, afuera de nuestros confines jurídicos, formativos, ideológicos;
- representa un instrumento de grande importancia por los juristas (abogados, jueces, etc.), sobre todo en la presente epoca de globalización e internacionalización.

