

El método funcional en la comparación constitucional

Jorge Silvero Salgueiro

Resumen: *El presente trabajo indaga acerca del método funcional y su aporte a la comparación constitucional. En primer lugar, se describe brevemente el estado del arte metodológico en el Derecho Constitucional Comparado, pasando luego a exponer el método funcional en tres etapas. En cada una de ellas, una idea central adquiere relevancia, a saber: a) el análisis comparado-funcional debe partir de un problema constitucional concreto; b) la búsqueda de la mejor solución posible en otros órdenes constitucionales debe ampliarse a “funcionales-equivalentes”; y c) el análisis debe concluir con una valoración comparativa. En el trabajo se acentúa además la relación entre teoría y método y la necesidad de poner en perspectiva teórica las discusiones metodológicas.*

Abstract: *The present paper deals with the issue of the comparative method and its contribution to the comparative constitutional analysis. At the beginning, it briefly reviews the methodological state of the art within the Comparative Constitutional Law as an introduction to the main characteristics of the comparative method which are spelled out in three different stages. In each stage, a central assumption regarding the comparative analysis is highlighted, namely: a) the comparative-functional analysis should have a concrete constitutional problem as point of departure; b) the search for the best possible option in other constitutional orders should be broad enough as to allow for the inclusion of “functional equivalents”; and c) the comparative analysis should always conclude with a comparative assessment. In addition, the paper emphasizes the relationship between theory and method, as well as the desirability of using theory to illuminate methodological issues*

I. Introducción

En la doctrina jurídica existe una antigua discusión acerca de si el derecho comparado constituiría una rama autónoma del derecho o simplemente un método¹. Si bien algunos autores consideraron que discutir esta cuestión resulta de poca utilidad, lo cierto y concreto es que el derecho comparado se ha ido desarrollando como ciencia y como método².

En la actualidad, las investigaciones jurídico-comparadas resultan mo-

neda frecuente en las publicaciones científicas. Sin embargo, en la generalidad de los casos, las mismas no explicitan el método utilizado para llegar a conclusiones válidas. Al lector le queda entonces la tarea -no siempre fácil- de reconstruir el camino metodológico empleado por el investigador³.

Asumiendo que una relación fluida entre la teoría y el método es indispensable en el proceso de producción del conocimiento científico⁴, el estudio del método comparado debería figurar como una de las prioridades en los temas de investigación de los juristas, en general, y de los constitucionalistas en particular⁵.

En ese sentido, cabe recordar que las discusiones metodológicas han formado parte de los propios inicios de la enseñanza del Derecho Constitucional en Latinoamérica. Como ejemplo, se puede mencionar que en Uruguay en 1889 el Prof. Justino Jiménez de Aréchaga incluyó el estudio comparado de formas de estado y de gobierno en la enseñanza del Derecho Constitucional, desarrollando un método jurídico-dogmático con fuertes críticas al enfoque historicista en la explicación de conceptos y fenómenos jurídicos, el cual había sido el camino metodológico transitado por su antecesor en la cátedra.⁶

Partiendo de estas consideraciones iniciales, el presente trabajo indaga acerca del método funcional con el objetivo de realizar un aporte a una discusión actual sobre diversos enfoques metodológicos en la comparación constitucional.

En este sentido, el trabajo se plantea como tesis principal que el método funcional es especialmente adecuado para la comparación constitucional contemporánea realizada tanto en procesos de reformas constitucionales, como de implementación de nuevas constituciones. En ambas situaciones, el constitucionalista intenta resolver conflictos que requieren de soluciones innovadoras para el orden jurídico-nacional. En el primer caso, la tarea del constitucionalista consiste en contribuir con la elaboración de propuestas normativo-constitucional que den respuestas a problemas sociales y políticos concretos. Y, en el segundo caso, el constitucionalista participa en el proceso de interpretación y aplicación de nuevas normas e instituciones de rango constitucional adoptadas en un proceso de reforma constitucional ya concluido.

Para ambas situaciones, el método funcional le proporciona al constitucionalista herramientas analíticas de tipo procedimental - como se verá más abajo - que le permiten ampliar su horizonte de análisis incorporando la dimensión comparativa, sin perder de vista el problema que está tratando de resolver situado en el orden jurídico-nacional. Además, la aplicación y difusión del método funcional ayuda a superar las clásicas dificultades producidas por la exclusiva comparación de textos jurídicos y, contribuye a encontrar la mejor solución posible a problemas constitucionales concretos.

El método funcional no pretende competir con los métodos comparatistas tradicionales ni tampoco excluirlos o declararlos caducos. Por el contrario, se suma a los existentes y se constituye en una alternativa más que el constitucionalista tiene a su disposición, quien finalmente deberá decidir cuál camino metodológico tomará en su investigación.

El método funcional no es nuevo en el Derecho Comparado. Comparatistas clásicos como Konrad Zweigert se pronunciaron a favor de él⁷. Ya en 1977, Héctor Fix-Zamudio, citando a Zweigert, señaló el carácter funcional del derecho comparado⁸.

Este método tampoco es exclusivo de los juristas. La investigación alemana, política y jurídica sobre Europa del Este ha utilizado el método funcional para el estudio de los procesos de reforma de los sistemas político-constitucionales luego de la caída del muro de Berlín⁹.

Lo novedoso al respecto de este método estaría dado más bien por la posibilidad de avanzar en la reflexión propiamente metodológica sobre el mismo. Ello posibilitaría alcanzar un cierto consenso en el ámbito académico acerca de los pasos a seguir en su aplicación, así como en esclarecer los alcances y los límites del mismo en sus prestaciones para la ciencia jurídica comparada.

A continuación, se describe brevemente la situación metodológica en el Derecho Constitucional Comparado señalando las formas de estudio más frecuentemente utilizadas en la comparación constitucional. Posteriormente, se desarrolla el concepto del método funcional exponiendo el punto de partida y los pasos a seguir en una investigación que adoptara este método. Finalmente, se realizan algunas consideraciones acerca de las perspectivas metodológicas de la comparación constitucional.

II. Situación metodológica en el Derecho Constitucional Comparado

El Derecho Constitucional Comparado se ha forjado en base al método comparado, el cual se aplica básicamente de tres formas¹⁰:

- a) Se comparan dos o más constituciones,
- b) Se estudia un tema específico en varios órdenes constitucionales, o
- c) Se comparan de un modo funcional soluciones a problemas concretos¹¹.

Además, existen diferentes estrategias metodológicas aplicables, según el caso, a cada una de las tres formas citadas, tales como la comparación espacial (sincrónica) que analiza los ordenamientos en un mismo momento de tiempo, la temporal (diacrónica) cuando se examinan varios ordenamientos en tiempos

sucesivos, la macro y micro comparación que hacen referencia a la envergadura del objeto a comparar y a su grado de generalidad o especificidad, etc.¹²

a) Constitución por constitución: se eligen dos o más países o una o dos regiones geográficas y se estudia cada constitución nacional en forma individual y separada una de otra. A través de este método, se accede a un conocimiento panorámico de los órganos constitucionales de cada país, así como de los principios y derechos consagrados en cada constitución. Esta forma de comparar es particularmente apropiada para un enfoque estructuralista, de tipo estático, el cual pretende explicar la estructura del poder formal en un Estado sin adentrarse en la funcionalidad política de la estructura descripta¹³.

Bidart Campos señala, en este sentido, que a veces no se da una verdadera comparación y el estudio de *“unidades políticas aisladas obliga al lector o al estudioso a extraer de las exposiciones parciales su propia comparación”*¹⁴. Este tipo de comparación se denomina también “régimen por régimen” y en la vertiente anglosajona sería el *country –by–country approach*.

La monumental obra de Manuel García Pelayo *“Derecho Constitucional Comparado”* contiene uno de los estudios clásicos de interpretación y sistematización de las normas jurídico-constitucionales de varios Estados. El denominó a esa parte de su obra “Derecho Constitucional Particular” (de cada Estado)¹⁵.

b) Tema por tema: se eligen a priori temas de estudio y se indagan en dos o más países, o en una o más regiones geográficas cómo están regulados los temas elegidos. Así, existen numerosos estudios sobre los sistemas de gobierno, sobre el presidencialismo y el parlamentarismo, sobre el federalismo, sobre los derechos individuales o sociales, sobre el amparo, etc. Estos estudios señalan las similitudes y diferencias entre los diversos órdenes constitucionales. Frecuentemente, de la comparación emerge un cierto estándar internacional sobre el tema, o en su caso, tendencias y perspectivas constitucionales. Asimismo, los comparatistas hacen uso de las características de este método para establecer familias constitucionales agrupadas según los resultados de la comparación.

Como ejemplo ilustrativo de este tipo de enfoque, el estudio de Paolo Biscaretti di Ruffia “Introducción al Derecho Constitucional Comparado” traza un esquema panorámico de los principios político-jurídicos de las “formas de Estado” de la época moderna y expone las diversas “formas de gobierno” que caracterizan a las mismas¹⁶.

c) Método funcional: se analiza la situación político-constitucional de un país o región, se identifica un problema constitucional concreto o grupo de problemas y, se indaga en otros órdenes constitucionales la forma en cómo fue tratado o resuelto el problema en cuestión con la idea de encontrar la mejor solución posible¹⁷.

Por ejemplo, éste fue el camino tomado en el caso de Paraguay para abordar el tema de violaciones de Derechos Humanos, donde - además de las persecuciones penales - se estableció una serie de disposiciones a nivel constitucional. Así, la nueva Constitución de 1992 dictada en el periodo de transición democrática tras 35 años de dictadura, incorporó, con variantes propias normas, que provenían de otros órdenes iberoamericanos y que conformaban en su conjunto un cierto estándar internacional en la región en materia de protección de los derechos humanos. Dichas normas se refieren a la protección de la dignidad humana, la prohibición de torturas y malos tratos, la imprescriptibilidad de delitos de tortura y de delitos de lesa humanidad y la casi imposibilidad de realizar denuncias de tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales el país se haya adherido¹⁸.

III. El desarrollo del método funcional.

Desde un enfoque de tipos ideales, el método funcional se desarrolla en tres etapas: La **primera** se desarrolla en el país de origen u orden constitucional seleccionado. La **segunda** etapa se traslada a los órdenes constitucionales seleccionados para la comparación. De esta forma se completan las categorías de *comparatum* y *comparandum* en la investigación, que vienen a ser las materias de comparación (el orden originario) y a comparar (los otros órdenes)¹⁹. La **tercera** etapa se sitúa a un nivel abstracto. En ella se trabaja con los resultados obtenidos en las dos primeras etapas a fin de concretizar los delineamientos básicos de la mejor solución posible al problema de origen.

1. Primera etapa.

Como habíamos señalado anteriormente, en el método funcional se parte de un **problema constitucional concreto** que puede ser de un país o de un grupo de países.

Para iniciar la presentación del problema se sugiere realizar una breve descripción del sistema jurídico-constitucional en cuestión a fin de conocer el marco general en el cual se desarrollará el problema.

Asimismo, sería conveniente situar el problema en un proceso político determinado, lo cual contribuye a contextualizarlo y a determinar la gravedad del mismo.

La exposición del problema debe contener las variables normativas y empíricas necesarias para entender por qué el caso es un problema constitucional. Por ejemplo, a nivel normativo se podría señalar el carácter meramente declarativo del principio de división de poderes y a nivel empírico explicar cómo se produce la alta concentración de hecho en el Presidente de la República de los poderes de gobierno. Asimismo, en la exposición del problema, se podría mencionar la existencia ya a nivel normativo de una deficiente distribución de poder y falta de controles mutuos entre los Poderes de Estado. Resulta indispensable, además, ir señalando en la descripción del caso las normas constitucionales violadas y, los principios y derechos conculcados.

Obviamente, si para facilitar el tratamiento del problema así se requiere, se podrían abarcar variables políticas, sociales, económicas y culturales, sin olvidar que en una investigación jurídica el foco de atención debe centrarse en la variable jurídica, la cual puede desglosarse en el tratamiento de las normas, en la práctica judicial, en el estudio de la doctrina y en la interpretación e implementación deficitaria de la propia Constitución.

El problema así descrito es entonces un problema del derecho nacional. Adicionalmente, el hecho de que la investigación se inicie con un problema de la realidad político-constitucional produce un acercamiento de la ciencia jurídica a la sociedad, a la vez de favorecer una finalidad práctica de la racionalidad jurídica.

Ahora bien, esta etapa no concluye con la descripción del problema. Antes de partir analíticamente a los otros órdenes jurídicos, se debe buscar determinados puntos de referencia (*tertium comparationis*) que permitirán contribuir con la investigación comparada en la búsqueda de la mejor solución posible.

Para tal fin, el problema de inicio debe ser subsumido bajo categorías jurídicas. Los cuestionamientos a estas categorías de análisis son trasladados a los otros órdenes constitucionales formulando preguntas o planteamientos funcionales en busca de soluciones. De tal modo, del problema de hecho se pasa a una abstracción analítico-funcional antes de partir a la segunda etapa.

Por ejemplo, el problema de influencias políticas en el nombramiento de jueces constitucionales en un orden nacional pasa a ser indagado en otro orden, mediante la categoría analítica de “conformación institucional independiente de Tribunales Constitucionales”. La definición de esta categoría analítica permitirá la indagación comparativa funcional acerca de las diversas formas adoptadas en otros Estados para preservar el principio de independencia de la Justicia.

Sin embargo, podría pensarse en una situación en la que la intención de investigar un instituto jurídico determinado o un problema “x” se enfrenta a la inexistencia del mismo en un orden jurídico extranjero. Al respecto,

ya en 1960, Konrad Zweigert se planteó esta posibilidad, respondiendo con su reflexión que probablemente la cuestión reside en una formulación incorrecta de la pregunta de investigación. En efecto, según Zweigert, la pregunta se formula frecuentemente de la siguiente manera, por ejemplo, *¿Cuándo otorga el derecho extranjero pretensiones de propiedad o enriquecimiento?*, en lugar de formularla en términos funcionales, es decir, *¿Cómo satisface el derecho extranjero la necesidad jurídico-económica que en el orden jurídico que me ocupa es satisfecha con la figura de pretensiones de propiedad o enriquecimiento?* En otras palabras, el planteamiento comparativo del problema debe ser realizado de forma funcional, a fin de permitir encontrar la respuesta en los equivalentes funcionales del orden jurídico con el cual se está comparando, sin pretender descubrir exactamente el mismo instituto jurídico que existe en el país de origen²⁰.

Este planteamiento funcional del problema que Zweigert realizó para el Derecho Privado fue reformulado en 1997 por Christian Starck para el Derecho Público en el Congreso de la Sociedad Alemana de Derecho Comparado²¹. Starck parte de la idea de que el resultado de la comparación es, si y cómo el problema señalado al inicio es solucionado por los institutos y principios jurídicos del orden jurídico a comparar. Se trata, señala Starck, de la función que cumple el instituto nacional en relación al problema que interesa al comparatista. Para él, el planteamiento del problema debería formularse en los siguientes términos: *¿Cómo satisfacen los órdenes jurídicos tenidos en cuenta para la comparación el problema dado en mi orden jurídico, el cual puedo describirlo independiente de él?*

Por ejemplo, dice Starck, uno podría preguntarse acerca de criterios para la crítica de la teoría alemana de la discrecionalidad de la siguiente forma: *¿En qué medida inviste el orden jurídico francés y británico a la administración pública con la atribución de tomar decisiones finales que no sean revisadas judicialmente?* Es decir, Starck no pregunta acerca de teorías británicas o francesas de la discrecionalidad, sino centra el problema en cuestiones funcionales. Una vez que el comparatista ha descrito el problema y formulado el planteamiento funcional del mismo, está en condiciones de pasar a la siguiente etapa.

2. Segunda etapa.

En esta etapa, se sugiere al igual que en la primera, realizar una breve descripción del sistema jurídico-constitucional que será tenido en cuenta para la comparación. Ello permitirá establecer determinadas *praesumptio similitudes* entre ambos órdenes a fin tener una visión de las semejanzas y diferencias entre dichos órdenes a comparar.

Con respecto a la selección de los órdenes constitucionales tenidos en cuenta para la comparación, cabe advertir que la idea no es encontrar dos órdenes con el mismo problema a resolver, sino justamente encontrar otros órdenes que ya han resuelto ese problema, o en los cuales, debido a la forma de regulación, el tema no se presenta como un problema. Comparar dos órdenes con el mismo problema en los cuales las soluciones del caso son deficitarias no trae grandes ganancias para la comparación.

Desde este punto de vista, el método funcional trabaja a la inversa de otros enfoques comparatistas donde se presenta como una condición para comparar la homogeneidad de los órdenes objetos de la investigación. Sin embargo, cabe advertir que un alto grado de heterogeneidad también puede ser un obstáculo para la comparación funcional²².

Por otro lado, el planteamiento funcional del problema determina que el objeto de la comparación no se limite a la comparación de normas jurídicas, sino que se amplíe a la cultura jurídica de los otros países. René David señaló que el comparatista debe utilizar las mismas fuentes que el jurista del orden extranjero y darle el mismo valor y peso²³. Esto, por un lado, evita llegar a conclusiones engañosas sobre la base de normas no aplicadas ni siquiera en su país de origen, pero, a su vez, vuelve más compleja la investigación al tener que levantar la mirada de la norma jurídica y dirigirla hacia otras variables de estudio.

Niklas Luhmann, en un artículo sobre el método funcional y las decisiones jurídicas²⁴, explicó que la función de un instituto jurídico o de una norma jurídica consiste en una tarea destinada a regular la realidad, en la producción de un efecto capaz de ser estimado, en una finalidad. Para este autor, una determinada función puede ser satisfecha a través de una diversidad de prestaciones de tipo **funcional-equivalente**. De ahí, que cuando se comparan sobre todo órdenes jurídicos considerablemente distintos, la indagación funcional abarca categorías jurídicas del tipo funcional-equivalente. Vale decir, en el orden constitucional tenido en cuenta para la comparación no se buscarán las mismas normas o institutos jurídicos del orden constitucional del cual parte el problema, sino que la comparación se ampliará a la búsqueda de equivalentes funcionales. Esto permite que podamos comparar sistemas presidenciales con sistemas parlamentarios o estados federales con estados unitarios en tanto que los problemas a solucionar tengan un planteamiento inicial funcional.

En el caso de comparar problemas relacionados a principios jurídicos generales, como el de Estado de Derecho, la indagación de elementos funcionales equivalentes se amplía a las normas que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos con un enfoque en el sistema de protección de derechos contra las arbitrariedades de la Administración Pública. Es en este ámbito donde se

presentan figuras del tipo funcional equivalente, ya sea en forma de normas que consagran limitaciones a la Administración o en normas que establecen los alcances de los derechos de los ciudadanos, las cuales incluso pueden ser de tipo procesal con la asignación de recursos tendientes a lograr la eficacia de derechos.

Cabe advertir que existen determinados riesgos que deben ser evaluados por el comparatista en cada caso, como aquellos que derivan de elementos funcionales propios de un sistema que, trasladados a otro contexto, resultan irrelevantes o incluso disfuncionales.

3. Tercera etapa

En esta última etapa, se concretizan los delineamientos básicos de la mejor solución posible al problema de origen y se trabaja a un nivel abstracto. Las características del orden constitucional tenido en cuenta para la comparación fueron ya establecidas en la segunda etapa. Ahora la tarea analítica recae sobre el comparatista, quien debe *re-crear* la mejor solución posible para su caso de partida.

La mejor solución posible se contextualiza en el país de origen asegurándose de preservar la debida funcionalidad del sistema constitucional. La idea no es exportar figuras o conceptos en forma directa, sino entender las condiciones de funcionamiento de las mismas y recrearlas en el país de origen.

La idea es finalizar con una **comparación valorativa**²⁵ que permita establecer aquellos principios y criterios básicos o condicionantes para que la solución del caso sea la mejor.

En el método funcional, la compatibilidad de la comparación se centra más bien en la posibilidad que dos o más ordenes constitucionales puedan compartir valores de rango constitucional como dignidad humana, garantía de derechos, supremacía de la Constitución, etc., lo cual determina que a pesar de que existan diversas formas de Estado y de Gobierno, las relaciones entre el Estado y los ciudadanos preserven un mínimo de garantías constitucionales que hagan viable el libre desenvolvimiento de las personas.

En caso que la comparación contemple un país de origen y varios países a tener en cuenta para comparar, la mejor solución al caso puede conformarse con una abstracción de normas complementarias entre sí que determinen un cierto estándar internacional. Vale decir, también a nivel del Derecho Público existe una tendencia a armonizar las soluciones jurídicas a problemas que no son propios de un orden constitucional sino compartidos por un grupo de Estados.

En esta tarea final, el comparatista puede proponer reformas constitucionales, aclarar y concretizar conceptos y principios jurídicos, así como establecer determinados efectos jurídicos a figuras normativas²⁶. De esta forma, por más que la solución final sea el producto de un trabajo analítico de tipo abstracto, con las propuestas finales se logra que la solución sirva también a propósitos prácticos que probablemente fueron los que motivaron la investigación.

IV. Consideraciones finales.

Con la pretensión de contribuir a la discusión general de la relación entre teoría y método y, en particular, sobre el método del Derecho Constitucional Comparado, el presente trabajo ha abordado uno de los enfoques metodológicos particulares que adopta la comparación constitucional.

El objetivo no ha sido buscar adherentes para una corriente metodológica en especial, sino más bien realizar una propuesta de desarrollo del enfoque funcional, la cual tendría que permitir observar con mayor nitidez los alcances y las limitaciones del citado método.

Al respecto, es nuestra opinión que el método funcional combina de forma eficiente una estrategia procesal de análisis con la utilización de herramientas analíticas en cada etapa. Así, las tareas en cada etapa están bien divididas, lo cual le permite al investigador ordenar sus ideas y facilita la búsqueda de información al saber qué y dónde debe indagar en esa etapa. Además, el empleo de categorías como los equivalentes funcionales contribuye a sistematizar el trabajo y a salvar dificultades de tipo primario.

En efecto, al orientar la comparación a la consideración funcional, la indagación no se detiene con la comprobación lacónica de que los dos órdenes a comparar no comparten las mismas instituciones jurídicas²⁷. En caso de darse esta situación, la investigación avanza de una forma funcional, es decir, abriendo un horizonte mucho más amplio y enriquecedor para realizar comparaciones, por ejemplo, entre Estados con formas de gobierno diferentes.

Las características citadas del método funcional hacen que el mismo sea particularmente adecuado para ser utilizado en procesos de reforma constitucional. Teniendo en cuenta que en dichos procesos los actores políticos y ciudadanos se encuentran embarcados en resolver problemas constitucionales concretos, el método funcional debería poder contribuir a legitimar las soluciones planteadas. En efecto, se trata de la legitimación que otorga el conocimiento de que la misma proviene o es compartida por un determinado estándar internacional. Desde ese punto de vista, es posible presentarla como la mejor solución posible contribuyendo a objetivar posiciones en el agitado debate político que normalmente rodea a los procesos de reforma constitucional.

Lo mismo puede ser dicho para los casos en que se deben implementar nuevas constituciones que adoptaron normas e instituciones provenientes de otros órdenes constitucionales. Es sabido que figuras de este tipo ofrecen dificultades materiales a la hora de su interpretación y aplicación, pues no se cuenta con los registros y datos acerca de la evolución conceptual de las mismas. Para estos casos, la contribución del método funcional estaría en esclarecer los alcances de dichas figuras en aquellos otros órdenes que también realizaron una recepción de las mismas, así como en conocer la estructura dogmática que contiene su desarrollo conceptual en el país de origen.

Entre las limitaciones del método funcional, se puede mencionar que el orden que propone en el desarrollo de las ideas no va acompañado de un grado de simplificación del trabajo. Por el contrario, el método funcional, tal como señala Luhmann²⁸, accede al estudio del tema en cuestión con un alto nivel de complejidad. No se trata de simplificar decisiones ni de reducir lo complejo del tema. Por el contrario, con este método, se amplían las dimensiones del problema, analizándose cada arista posible. Por ello, para Luhman, el análisis funcional es un análisis de problemas del sistema que se encuentra en estudio.

Adicionalmente, el método funcional desenvuelve la comparación bajo puntos de vista abstractos. Esto hace que el método funcional no sea recomendable para el caso de un conocimiento primario de otros órdenes constitucionales.

En otro orden de cosas, cabe reiterar que las discusiones metodológicas tienen larga data en la doctrina latinoamericana. Ellas están asociadas, muy frecuentemente, a momentos de crisis del derecho constitucional que desembocan en cambios de paradigmas. Así, en el estudio citado más arriba del Profesor uruguayo Juan Carlos Gómez Haedo, el autor citando al conocido profesor español Adolfo Posada, señaló que en momentos de crisis y transformaciones constitucionales, habría que indagar si acaso la crisis no tendría parte de su origen en los planteamientos metodológicos de la ciencia. Tomando esta reflexión como punto de partida, el Profesor Gómez Haedo desarrolló una fuerte crítica al método positivista dominante en aquella época.

Por otro lado, en las discusiones metodológicas no hay que perder el horizonte de la teoría como elemento sustantivo.

Así, a manera de ilustración, cabe recordar que en 1963, en Viena, en un encuentro académico de comparatistas dedicado a discutir los fines y el método de la comparación constitucional, se trajo a colación la teoría general del derecho constitucional democrático-liberal desarrollada por Manuel García Pelayo. A partir de la distinción entre el Derecho Constitucional General y el Derecho Constitucional comparado, García Pelayo desarrolló precisamente dicha teoría con el objeto de señalar que uno de los fines de la comparación constitucional

es establecer los fundamentos de este tipo de teorías constitucionales.

Con su teoría, Manuel García Pelayo difundía un ideal de constitución que se expresa en una especie de Derecho Constitucional común. Una teoría constitucional de esta clase no podría ser desarrollada exclusivamente sobre la base de una experiencia nacional, señalaba el Profesor Kaiser en el encuentro citado²⁹.

En conclusión, el desarrollo teórico y la reflexión metodológica deben ir inexcusablemente ligados. Tal como se ha explicitado a lo largo del presente ensayo, el método funcional, por su propia naturaleza, tiene la potencialidad de contribuir a la construcción teórica a partir de una indagación comparativa que utiliza horizontes conceptuales innovadores provenientes de diferentes órdenes jurídicos. Queda pues el desafío de proseguir el desarrollo de la reflexión metodológica funcional a fin de alcanzar consensos en relación a su naturaleza y aplicabilidad, tendientes a fortalecer su posicionamiento dentro de las ciencias jurídicas comparadas.

(Pies de página)

¹ Zweigert, Konrad, *Zur methode der Rechtsvergleichung*, Studium Generale, 1960, p. 194.

² De Vergottini, Giuseppe, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, 1999. Esta obra contemporánea se inicia con una *premessa* titulada “*La comparazione nel diritto costituzionale: scienza e metodo*”.

³ En las ciencias políticas, en cambio, el método comparado ha sido suficientemente explicado y difundido. Al respecto, véase: Nohlen, Dieter, *Vergleichende Methode*, en: Nohlen, Dieter (Comp.), *Lexikon der Politik*, Band 2, München, 1994, pp. 507-516.

⁴ Al respecto, véase: von Beyme, Klaus, *Theorie und Methode*, en: Nohlen, Dieter (Comp.), *op. cit.*, nota 3, pp. 477-488.

⁵ Acerca de la importancia del estudio del método jurídico-comparativo, véase: Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología. Docencia e Investigación Jurídicas*, México, 2003, p. 376.

⁶ Al respecto, véase la interesante conferencia del Profesor uruguayo: Gómez Haedo, Juan Carlos, *Los métodos en el Derecho Público*, Revista de Derecho, Asunción, N° 43, 1941, pp. 75-105. Sobre la situación metodológica en Paraguay en esa época, véase: Prieto, Justo, *El método lógico en la Universidad*, Revista de Derecho, Asunción, N° 33, 1936, pp. 57-73.

⁷ Zweigert, Konrad / Kötz, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatsrechts*, Tübingen, 1996. Para Zweigert, el método del derecho comparado es “eine funktionelle und antidogmatische Methode”, véase: Zweigert, Konrad, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, Festschrift für Eduard Böttincher, 1970, p. 448.

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, 2003, p. 260.

⁹ Kuss, Klaus-Jürgen, *Methodische Fraguen der Ost-West-Rechtsvergleichung im Zeichen des System-wechsels in Osteuropa*, ZVglRWiss 91, 1992, pp.405-422.

¹⁰ Al respecto, véase: García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 2000. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, México, 1996. Bidart Campos, Germán J./ Carnota, Walter F., *Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, 1993. David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, 1968. De Vergottini, Giuseppe, *Diritto Costituzionale Comparato*, Padova, 1999. Sobre los diversos métodos jurídicos, véase: Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1994.

¹¹ Sobre el aporte de “ciencias no jurídicas” a la comparación jurídica, véase: Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 10, pp.84-89.

¹² Al respecto, véase: De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, nota 10, pp.71-75.

¹³ Al respecto, véase: De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, nota 10, p.57.

¹⁴ Bidart Campos, Germán J./ Carnota, Walter F., *op. cit.*, nota 10, p.12.

¹⁵ García Pelayo, Manuel, *op. cit.*, nota 10, p. 20. La segunda parte de su libro está dedicado al Derecho Constitucional Particular del Reino Unido, Los Estados Unidos de América, la República Francesa, la Confederación Suiza y la Unión Soviética.

¹⁶ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 10, pp.74-75.

¹⁷ Zweigert, Konrad, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, Festschrift für Eduard Böttincher, 1970, p. 448. Idem, *op. cit.*, nota 1, p. 197. Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 1996, p. 237.

¹⁸ Acerca del estándar internacional en materia de protección de derechos humanos con comentarios sobre la Constitución de Paraguay, véase: Fix-Zamudio, Héctor, “*Estudio Preliminar*”, en Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 10, pp.49-54.

¹⁹ Al respecto, véase: De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, nota 10, p.54.

²⁰ Zweigert, Konrad, *op. cit.*, nota 1, p. 197.

²¹ Starck, Christian, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, Juristen Zeitung, 21, 1997, pp.1021-1076.

²² Al respecto, véase: De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, nota 10, p.42.

²³ David, René, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, 1950, p. 10. Citada por Zweigert, Konrad, *op. cit.*, nota 1, p. 196.

²⁴ Luhmann, Niklas, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AÖR 94, 1969, pp. 1-31.

²⁵ Sobre la necesidad de una valoración en la comparación constitucional, véase, Starck, Christian, *op. cit.*, nota 21, p. 1029.

²⁶ Sobre el valor de la comparación constitucional para la jurisprudencia constitucional, véase: Mössner, Jörg Manfred, *Rechtsvergleichung und Verfassungsrechtsprechung*, AÖR, 1999, pp. 193-242.

²⁷ F. Münch, *Einführung in die Verfassungsvergleichung*, ZaöRV 33, 1973, p. 139.

²⁸ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 24, p. 11.

²⁹ Kaiser, Joseph H., *Vergleichung im öffentlichen Recht*, ZaöRV, Bd. 24/3, 1963, p. 399.