

UTILIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: NUEVOS RETOS A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

*The use of compared constitutional law in constitutional
interpretation: new challenges to the constitutional theory*

Luiz Magno Pinto Bastos Junior *
Profesor de Derecho Constitucional y
Derecho Procesal Constitucional (UNIVALI), Brasil
lmagno@univali.br / luiz.magno.jr@gmail.com

RESUMEN: El objetivo de este artículo es analizar los impactos provocados en la teoría constitucional por el uso de elementos no nacionales por parte de los tribunales nacionales, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con especial referencia a la práctica de los países tradicionalmente vinculados a la tradición civilista (*civil law*). Tras reconocer que se puede ubicar el recurso al diálogo constitucional en el contexto de las estrategias argumentativas de las cortes, se pretende identificar de qué forma ese uso creciente, en países de tradición civilista, contribuye para un proceso más amplio (y ya iniciado) de transformación hermenéutica en las teorías sobre la interpretación constitucional y sobre la propia forma de comprender el papel actual que será desempeñado por la constitución nacional.

PALABRAS CLAVE: derecho constitucional comparado; préstamo constitucional; argumentación judicial.

ABSTRACT: This article analyzes the impacts on constitutional theory, of the use of foreign materials by the national courts, in the proces of constitutional adjudication. It makes particular reference to this practice by countries linked to the tradition of civil law. After recognizing that the recourse to constitutional dialogue may be situated in the context of argumentation strategies of the courts, it seeks to identify how this growing use, in countries with a tradition civil law, contributes to a wider proces (already underway) of hermeneutic trend in the theories on constitutional interpretation and on the way the current role of the constitution itself is understood.

¹ El autor es abogado de Brasil y Doctorando en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Santa Catarina, Brasil. Recibido el 14 de septiembre y aprobado el 24 de octubre de 2007.

KEY WORDS: compared constitutional law; borrowing constitutional; judicial reasoning.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar los impactos provocados en la teoría constitucional por el uso de elementos no nacionales por los tribunales nacionales, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, con especial referencia a la práctica de los países tradicionalmente vinculados a la tradición civilista (*civil law*). Ese uso viene siendo señalado como una “tendencia global” (McCrudden, 2000, p. 506) y, como fenómeno, ora viene siendo saludado con gran entusiasmo (Ackerman, 1996; Komers, 2002; Weinrib, 2002), ora viene provocando serias objeciones (Rosenkrantz, 2003; Fletcher, 1998) o escepticismos (Frankenberg, 1985; Öricü, 2000).

Ese uso, sin embargo, no es un fenómeno nuevo. El recurso por parte de los magistrados a experiencias extranjeras en el proceso de fundamento judicial puede ser fácilmente identificado en los más diferentes momentos históricos de toda la tradición constitucional occidental. Es recurrente, por lo tanto, la referencia a la doctrina extranjera, a la legislación comparada y, recientemente con especial énfasis, a los precedentes judiciales de tribunales extranjeros y de instancias supranacionales.

Tales préstamos están usualmente asociados a diferentes propósitos: (a) como forma de suplir lagunas en el sistema provenientes del deber de *non liquet* del Poder Judicial; (b) como forma de sanar obscuridades del texto y subsidiar decisiones en casos nuevos y desafiantes; (c) como forma de legitimar la actuación de instituciones recién creadas u órdenes democráticas (re)instauradas mediante el préstamo de la autoridad provenientes de instituciones y experiencias constitucionales ya consolidadas; (d) como forma de aumentar el grado de legitimidad internacional de actuación de la corte; (e) o, incluso, como mero ornamento constitucional y recurso a argumento por la erudición de los magistrados.

Si ésta no es una realidad absolutamente nueva, ¿por qué viene siendo identificada como un fenómeno nuevo que exige un tratamiento diferenciado por parte de la teoría constitucional (como es aquí defendido)?

Pueden ser identificados tres diferentes factores que, asociados, concurren para que esta preocupación instrumental (recurso a elementos del derecho comparado como estrategia de interpretación) gane mayor prominencia en la propia teoría constitucional. Son éstos: (a) la existencia de un proceso de globalización y de interpenetración de los ordenamientos jurídicos impregnado de un discurso de carácter universalizante (Helfer; Slaughter, 1997); (b) la existencia de un movimiento global de redefinición de las funciones que serán desempeñadas por el Poder Judicial que le confiere un importante papel de *veto player* y de copartícipe en la definición de la agenda pública (fenómeno de la judicialización de la política), que se procesa en nivel nacional y supra-

nacional (Tate; Vallinder, 1995); y (c) una guiñada en el propio papel directivo que será desempeñado por la constitución (y en última instancia por el propio derecho) que exige un deber general de justificación de las razones públicas de las decisiones, teniendo en vista la superación del paradigma formal y positivista (Carbonell, 2003).

El derecho comparado siempre ha estado asociado a la idea de importar mejores alternativas descubiertas por otros sistemas constitucionales (Tushnet, 1999). En ese contexto, al dar énfasis al diálogo transnacional (con pretensión normativa), el recurso al derecho comparado acaba por revestirse de acentuado carácter subversivo (Fletcher, 1998) y desestabilizador (Frankenberg, 1985). Esa “inestabilidad” resulta de la introducción en el ordenamiento jurídico nacional de puntos de vista que le son externos. Tales puntos de vista son utilizados como factor de crítica y de valoración de las soluciones nacionales obtenidas en los procesos de ponderación de valores en la jurisdicción constitucional.

Con objeto de cumplir los propósitos a que se destina, el presente trabajo se divide de la siguiente forma: inicialmente, serán presentadas algunas consideraciones generales sobre el préstamo constitucional a fin de que se defina con más precisión el intuio de esta investigación (sección 2); enseguida, se presenta sumariamente la legitimidad del uso del derecho comparado con la pretensión de subsidiar una breve sistematización de las propias “fuentes no nacionales” que vienen siendo utilizadas en el proceso de argumentación judicial (sección 3); en la sección siguiente, se enfrenta la discusión alrededor de los retos metodológicos suscitados (sección 4); por fin, tras reconocer que el recurso al diálogo constitucional puede ser ubicado en el contexto de las estrategias argumentativas de las cortes, se pretende identificar de qué forma ese uso creciente, en países de tradición civilista, contribuye para un proceso más amplio (y ya iniciado) de transformación hermenéutica en las teorías sobre la interpretación constitucional y sobre la propia forma de comprender el papel actual que será desempeñado por la constitución nacional.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN DE “PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL”

Las expresiones “préstamo constitucional”, “transplantes constitucionales”, o incluso, “migraciones constitucionales” vienen siendo utilizadas en las más variadas acepciones por los autores e involucran un conjunto muy vasto de fenómenos relacionados a los procesos de circulación de modelos constitucionales. El análisis de esos procesos puede ser realizado bajo los más diferentes enfoques.

2.1. Diferentes enfoques sobre los procesos de migración constitucional

Los enfoques sobre el fenómeno de la circulación de modelos constitucionales pueden ser reunidos en dos grandes grupos: el primero, vinculado a los grandes te-

mas del derecho comparado (derecho constitucional comparado en una versión más tradicional); el segundo, reúne estudios que se ocupan del análisis de prácticas de las cortes que se involucran en procesos de “diálogo constitucional”.

El primer “grupo” busca dar mayor énfasis a cuestiones de índole metodológica y presenta un mayor apelo y penetración entre los autores de tradición civilista. Para los autores representativos de ese grupo, el debate acerca de los transplantes constitucionales se procesa en el marco teórico de la ciencia comparativa y de la historia constitucional. A modo de ejemplo, se pueden clasificar tales enfoques de la siguiente forma: (a) lecturas que buscan identificar los movimientos constitucionales y el proceso de expansión de las ideas liberales democratizadoras y de las instituciones republicanas, en una perspectiva de historia del constitucionalismo y de las ideas políticas (Van Caenegem, 1995; Mateucci, 1998; Fioravanti, 1998, 2000; Sánchez Agesta, 1974); (b) la identificación de la existencia de los grandes sistemas constitucionales, reconstruidos mediante un análisis comparativo de procesos de diferenciación-aproximación (macrocomparación) (Di Ruffia, 2000; García-Pelayo, 1993; Di Vergotinni, 2004; Sánchez Agesta, 1974); (c) esfuerzos de identificar procesos de aproximación y de recíproca influencia entre esos diferentes modelos, ora enfatizando los aspectos genéticos (Henkin; Rosenthal, 1988), ora enfatizando el aspecto dinámico de recepción/envío de institutos jurídicos (paradigma de los niveles textuales – Häberle, 1996); o aún, (d) esfuerzos de identificación de elementos comunes de derecho compartidos, no obstante las individualidades y particularidades nacionales, por determinados países occidentales, teniendo en vista la existencia de una tesitura cultural interconectada y con elementos comunes (Law, 2005; Häberle, 2000).

El segundo agrupamiento, por su turno, gana mayor prominencia en el ambiente cultural de los países de tradición asociada al *common law* y en el ámbito del derecho internacional (con especial referencia al derecho internacional de los derechos humanos),² y están en mayor o menor grado asociados a la idea de un proceso de internacionalización de la práctica judicial y del constitucionalismo en escala global. En esos escenarios, se destacan enfoques que: (a) resaltan la fuerza con que esas relaciones comunicacionales se establecen entre las cortes (Slaughter, 1994); (b) la existencia de relaciones de influencia recíproca y de trasplante entre niveles normativos diferenciados –orden interna e internacional– (McCrudden, 2000); y, la actitud de apertura y diálogo de las cortes al derecho extranjero como dotados de “autoridad persuasiva” (Glenn, 1987).

Ese conjunto de perspectivas asociadas a la idea de trasplante o préstamo constitucional (*borrowing constitutional*),³ por abarcar una infinidad de situaciones bien dis-

² Hay autores que defienden que la identificación de la estructura de comprensión del fenómeno jurídico es, en cierta medida, influenciada por el lenguaje. En el caso que está aquí en cuestión, es la lengua inglesa que se impone como lengua oficial en los países de tradición del *common law*, y el discurso del derecho internacional y de los derechos humanos, en gran medida, se vehicula mediante el idioma inglés. (CARVALHO, 2007).

³ YAZBEK (2001) presenta una visión panorámica sobre las diferentes expresiones que vienen siendo usadas para reportarse a las facetas del fenómeno de la transferencia y de la circulación de modelos jurídicos. Se

pares, pueden ser sintetizadas, como propone Epstein e Knight (2003, 196-197), en tres grandes enfoques: (a) cuando cualquier ciudadano, a partir de la observación de otras prácticas institucionales, propone reflexiones sobre la necesidad de cambios constitucionales;⁴ (b) cuando, durante el proceso constituyente (y procesos de elaboración legislativa), los congresistas se reportan a las experiencias de otros textos constitucionales en el momento de la redacción de sus propias constituciones; (c) cuando los jueces consideran decisiones de otros tribunales extranjeros para resolver disputas instauradas ante su jurisdicción nacional.

El presente artículo pretende analizar justamente los impactos que esta última práctica ha provocado a la teoría constitucional. A fin de mejor delimitar el contexto de este artículo, se buscará, en la próxima sección, identificar los diferentes espacios en los que ese diálogo se procesa.

2.2. Demarcando el espacio de diálogo judicial transnacional

El llamado diálogo transnacional pretende abarcar todas las actividades de la jurisdicción constitucional en las que los jueces se valen de experiencias constitucionales extranjeras como parte de su estrategia de argumentación. A pesar de la lógica de construcción del razonamiento ser muy próxima, se decidió identificar dos contextos diferentes de aplicación: la decisión de las cortes internacionales y la decisión de las cortes nacionales.

En las *cortes internacionales de solución de conflictos*, el recurso a elementos de derecho comparado consiste en una práctica ya consolidada e invocada como uno de los métodos preponderantes para juzgar las cuestiones ante esas cortes. El recurso a esa estrategia es particularmente relevante cuando se pretende definir el contenido y el alcance de los principios generales de derecho y el reconocimiento de reglas comúnmente válidas.

Esta prospección de fuentes nacionales cumple un doble propósito: (a) identificar elementos comunes a los diferentes universos normativos a fin de rellenar el contenido y de definir el alcance de los principios generales del derecho (Koopmans, 1996); y (b) en particular, en el ámbito del derecho comunitario, aumentar el grado de legitimidad de las decisiones en nivel comunitario y, con eso, estimular que las cortes nacionales, responsables por la implementación de las decisiones de las cortes comunitarias en régimen de coordinación judicial (Schutter, 2004), puedan vincularse más “espontáneamente” a las directrices fijadas en sus juzgados (Grossfeld, 2000).

preocupa en ese texto con la sistematización de propuestas teóricas y de modelos explicativos de los procesos de transferencia, los cuales, según entiende, deben ser mejor aprehendidos por los juristas.

⁴ O sea, debate que ocurre en el libre entrecruzamiento de ideas que debe marcar el espacio público (discusiones y resultados en la ciencia comparada, el libre confronto de ideas divulgados por la prensa y la media, etc).

Hay que señalar además que ha sido frecuente el recurso a decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando esta corte asume la posibilidad de aprendizaje con la experiencia desarrollada por la corte congénere en la protección de derechos que, textualmente, se equiparan en las dos cartas de derechos regionales (Caçado Trindade, 1997).

En el ámbito de las *cortes nacionales*, las referencias a experiencias extranjeras siempre ha sido muy común (Saunders, 2006). No obstante, se puede fácilmente encontrar innumerables especies de objeciones y resistencias a la utilización de esa estrategia de argumentación en el proceso de argumentación judicial.

La comprensión del recurso al derecho comparado, o aun el impulso (mayor o menor) a la comparación mutua en los procesos judiciales, está relacionada a un conjunto de múltiples factores que serán, solamente a modo de ejemplo, presentados aquí: (a) mayor o menor grado de apertura en la cultura jurídica y política del país al fenómeno de la recepción jurídica; (b) forma como la corte se vincula al sistema de fuentes y a la utilización de esos materiales normativos en el proceso de argumentación jurídica;⁵ (c) forma como el texto constitucional o las propias cortes nacionales comprenden la relación entre el derecho interno y el derecho internacional (interpenetración de los órdenes jurídicos) y las bases culturales que conectan la experiencia nacional con experiencias extranjeras (vinculación a un conjunto de tradiciones compartidas y la relación de parentesco jurídico).

2.3. Críticas y objeciones al uso de elementos no nacionales

Innumerables autores se oponen a la utilización de esos elementos, principalmente cuando las cortes se valen de ellos desde una perspectiva constructivista o revisionista, pues cuestionan el recurso a esos elementos como fuente legítima. Esas objeciones son identificadas y analizadas bajo diferentes aspectos (McCrudden, 2000; Aanus, 2002; Tushnet, 1999; Choudhry, 1999), en este artículo, a partir de Saunders (2006) se optó por agrupar tales objeciones de dos formas, aquéllas que reúnen objeciones concernientes a la legitimidad de ese recurso, y aquéllas que surgen a partir de consideraciones metodológicas.

Las críticas que cuestionan la propia *legitimidad del recurso al derecho comparado en las decisiones*, se oponen, sobretudo, a las pretensiones normativas (*normative claims*) presentes en las varias referencias al derecho comparado como “comunidad mundial de Estados” (*Lawrence vs. Texas*), “constitucionalismo global” (Ackerman, 1997) o “revolución de derechos” (Henkin, 1988).

⁵ Se puede identificar una tendencia de mayor apertura por parte de los países con tradición en el *common law*, por lo menos de conferir mayor peso en el proceso de proveer las razones para la decisión.

Esa es la objeción elocuente del *justice Scalia* (Tushnet, 1999) y Fletcher (1994) que, fuertemente marcados por el debate norteamericano que contraponen originalistas a textualistas, se oponen a la idea de utilización de elementos no nacionales en razón de la necesidad de preservación de la identidad nacional y del carácter integrador que la Constitución desempeña en una sociedad tan marcada por el pluralismo.

Valiéndose de argumentos muy próximos (idea de identidad nacional), pero inserido en un contexto cultural radicalmente opuesto y con finalidades diferentes, Rosenkrantz (2003) recusa el recurso al derecho comparado por entender que una auténtica identidad nacional sólo puede ser creada a partir del desarrollo de formas autóctonas de autocomprensión de la Constitución y de las formas jurídicas. Continuar recurriendo a fuentes extranjeras como argumento de autoridad en el escenario interno, según el autor, propiciaría el desarrollo de transposiciones totalizadoras o colonizadoras, concurriendo para un imperialismo renovado (neoliberalismo de las formas jurídicas).

Por fin, se puede identificar un conjunto de críticas que, aunque lancen una mirada al uso de elementos no nacionales, son dirigidas a la propia actuación del Poder Judicial, son críticas centradas en el déficit contra-mayoritario. El recurso al elemento no nacional es tan más importante cuanto menos evidente es el tenor del dispositivo constitucional interpretado, cuanto mayor es la intervención del tribunal en la actuación de los demás órganos políticos, y cuanto mayor es la intención de la corte de revisar a su propia jurisprudencia.

De la forma como presentadas, oponerse a la estrategia de comparación es, en última instancia, posicionarse frente a dos cuestiones centrales en el debate de la teoría constitucional contemporánea, el papel que será desempeñado por el Poder Judicial (activismo judicial vs. *self-restrain*) y por la propia constitución (definición de las fronteras de la constitución).

Otro conjunto de críticas y objeciones puede ser relacionado a la *dificultad metodológica*.

Asociadas o no a la cuestión de la legitimidad del uso del derecho comparado, esos enfoques evidencian los riesgos del abuso y de la malversación (*disuse*) del recurso a esos elementos, destacando diferentes aspectos: (a) la dificultad (imposibilidad) de control de racionalidad de las decisiones (¿cuáles los criterios utilizados para la elección de las experiencias que se pondrán en diálogo? ¿por qué ésas y no otras?); (b) el riesgo de la realización de importaciones descuidadas y descontextualizadas (Osiatynski, 2003), o incluso ya superadas por otras decisiones de la corte más recientes (Saunders, 2006); y, (c) los retos conectados a la propia metodología comparada (identificación funcional de los elementos que serán comparados, la diferencia de lenguaje y de la imposibilidad de exacta comprensión del sentido y del alcance de la experiencia que será comparada).

Se pueden percibir, además, posturas que ponen en duda la propia posibilidad de recurso a la comparación, o por atacar la postura de aparente neutralidad del compara-

tista (Frankenberg, 1985), o por cuestionar los fundamentos epistemológicos (o su ausencia) a partir de los cuales son realizadas las comparaciones jurídicas (Schaffer, 2005).

Todas esas objeciones suscitan importantes aspectos que deben ser considerados cuando se pretende, al mismo tiempo, comprender y describir esa práctica, de un lado, y reconocerla como una importante estrategia argumentativa apta a fornecer subsidios a la tomada de decisión de las cortes, de otro.

Como consecuencia de la cuestión relativa a la legitimidad del recurso a fuentes no nacionales, se ubica el debate acerca de la identificación de los materiales que serán utilizados por la comparación, el peso (grado de vínculo) a éstos atribuido y el fundamento legal de su autoridad normativa, cuestiones que serán enfrentadas a continuación (sección 3).

Las cuestiones concernientes a la comprensión de la práctica actual de las cortes (pretensiones de descripción de la realidad) y de la posibilidad (o no) de un método (o metodologías) adecuado a la utilización de esas fuentes serán objeto específico de la sección 4.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS NO NACIONALES Y ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU “FUERZA VINCULANTE”

En esta sección, se ocupará en identificar los materiales que, en los procesos de diálogo constitucional, suelen ser “prestados”. Lo que se pretende es simplemente fornecer algunos elementos que puedan servir de guía de referencia sobre las diferentes fuentes, su contexto de utilización y, consecuentemente, el valor (peso) que se les atribuye en el proceso de argumentación judicial.

Esta preocupación específica en identificar la naturaleza de las fuentes y su peso (fuerza argumentativa), aunque esté desprovista de gran relevancia en los modelos legales basados en el *common law*, en el derecho de influencia civilista parece tener un impacto decisivo en el proceso de identificación de los argumentos determinantes en una dada decisión judicial.

Para tanto, se agrupó el recurso a las fuentes teniendo por base el grado de referencia de la norma aplicada a los contextos normativos extra estatales. Esta propuesta de sistematización fue parcialmente inspirada en la metodología definida por Drobniç y Van Erp (1997) y posee los siguientes objetivos: identificar el tipo de fuente que será utilizada; el fundamento de la legitimidad de su utilización; y el grado de vinculación al que está sometido el orden jurídico nacional.

3.1. Normas con el elemento internacional

Se pueden identificar dos grupos de normas que invocan la utilización de los elementos normativos no nacionales. El primero reúne las situaciones que son tradicio-

nalmente asociadas a la aplicabilidad de principios de interpretación (criterios de solución de conflictos) propias del derecho internacional privado; el segundo grupo se refiere a las normas propiamente de derecho internacional, entre las cuales se puede realizar una referencia especial a las normas definidoras de los derechos humanos.

3.1.1. *Solución de conflictos y principios de interpretación en el ámbito del Derecho Internacional privado.* Se pueden reunir en este grupo diferentes situaciones en las que la práctica judicial viene tradicionalmente reconociendo (y, en algunas situaciones admitiendo la necesidad) el recurso a elementos de derecho comparado para resolver tales retos. En el relato de Drobnig y Van Erp (1997, pp. 7-16) se pueden identificar las situaciones que involucran: (a) la aplicación de conflictos provenientes de Leyes Uniformes internadas en el ordenamiento nacional; (b) resolución de casos que exijan la identificación del régimen legal aplicable y la jurisdicción adecuada en litigios que involucren intereses particulares transnacionalmente conectados; (c) aplicación de reglas de derecho marítimo y aéreo fuertemente reguladas por convenciones internacionales y por prácticas compartidas.

El recurso a la experiencia extranjera, en esos casos, ya viene siendo tradicionalmente analizado por el derecho internacional privado y, deliberadamente, no constituye el campo específico de preocupación de esta investigación.

3.1.2. *Aplicación de normas de derecho internacional público en el ordenamiento jurídico interno.* Hay una gran controversia, entre los internacionalistas, acerca de la relación que se establece entre el derecho internacional y el derecho interno –dualismo o monismo– que, en última instancia, pasa por una discusión sobre el alcance del concepto de soberanía y la superación de su formulación en términos clásicos.

Ha sido recurrente la identificación de una tendencia general de internacionalización de los ordenamientos nacionales que se manifiesta a partir de dos conjuntos de factores. El primero consiste en la presencia de *cláusulas constitucionales expresas* que establezcan vínculos entre el derecho nacional y el derecho internacional.

Se trata de decisiones políticas fundamentales que ora autorizan la incorporación inmediata del derecho internacional en el plano interno; ora confieren predominio o preponderancia de las normas de derecho internacional en caso de conflicto con normas internas;⁶ ora fijan reglas de interpretación de las cláusulas internas “en conformidad con el derecho internacional”.

El segundo se refiere a la promulgación de la Convención de Viena que fija una importante *regla de interpretación de las obligaciones internacionales* de los Estados.

⁶ La doctrina señala la necesidad de hablarse de incompatibilidad y no en conflicto de ley, por tratarse de normas que se encuentran erigidas con fuentes de validez diferenciadas (en el plano internacional y en el plano doméstico), razón por la que los conflictos deben ser resueltos por la técnica de no aplicación del derecho contrario, típica de lo *judicial review* de matiz norteamericano (NOGUEIRA ALCALÁ, 2000).

Frente al art. 27 de aquella convención, los Estados no pueden invocar la existencia de óbices en el derecho interno para excusarse de inobservancia de la obligación internacionalmente asumida, incluso tratándose de normas constitucionales. Hay que señalar que, para el derecho internacional, el derecho interno representa solamente un hecho y las reglas de interpretación de los tratados definidas en la Convención se aplican, bajo determinadas circunstancias, incluso a aquellos países que no adhirieron a ésa expresamente (*customary law*) (Cançado Trindade, 1997).

De acuerdo con esos marcos normativos internacionales, los tribunales nacionales cuando se ocupan de cuestiones adecuadas a normas internacionales *deben dialogar con el derecho internacional*.⁷ Como fue anteriormente señalado, este deber proviene, por un lado, de expresa determinación constitucional (cláusulas de apertura de la constitución al derecho internacional), de otro, de una preocupación de algunas cortes de que su país no sea internacionalmente reconocido (y responsabilizado) como violador de una obligación asumida. En esos términos, la legitimidad de la corte para valerse del derecho internacional varía de una perspectiva normativa a una persuasiva (*from an authoritative way, to a persuasive way*).

Sin embargo, ¿cuáles serían los elementos cuyo préstamo es autorizado?

Son tradicionalmente reconocidas como fuentes del derecho internacional: los principios generales de derecho, los tratados y convenciones internacionales, la costumbre resultante de la práctica general y uniforme de los Estados y las decisiones de las cortes (precedentes).

Por lo tanto, en las situaciones en las que los tribunales nacionales se encuentren frente a cuestiones que involucren la aplicación de obligaciones internacionales, el recurso a esos elementos no nacionales se figura no sólo útil (proveer *topói* interpretativos), sino también necesarios, ante las obligaciones asumidas por el Estado.

Se pueden citar, p. ej., las siguientes situaciones: las cuestiones relativas a la inmunidad parlamentaria y a la extensión de su protección; las garantías procesales reconocidas en relación al derecho de protección consular de un extranjero procesado en el país; y, el derecho de asilo y pedidos de extradición.

Hasta entonces, se venía hablando acerca de la posibilidad (y de cierta obligatoriedad) de que la corte recurriera a las fuentes del derecho internacional, en ese diálogo constitucional. Sin embargo, muchos autores ven en el principio de buena fe (art. 26) la posibilidad para extender el alcance de las normas puestas en conversación para más allá de las fuentes propiamente de derecho internacional. En ese caso, a fin de establecer un régimen de cooperación, en el proceso de *mejor* definir el contenido y el

⁷ Llevar en serio el contexto internacional de la norma de derecho internacional que será interpretada y aplicada en el plano doméstico, conferir LUPI y BASTOS JR (2007).

alcance de las obligaciones internacionales y de su interacción con el derecho interno, les sería lícito recurrir al aprendizaje con experiencias constitucionales de otras realidades normativas (conferir la sección 3.2).

3.1.3. *El caso especial⁸ de los tratados de derechos humanos.* ¿Por cuáles motivos deben los tratados de derechos humanos ser comprendidos como un caso especial del derecho internacional?

La apertura nacional a las fuentes de derechos humanos está directamente relacionada a tres aspectos: (a) la importancia que el discurso de protección a los derechos humanos ha asumido en la agenda internacional; (b) la existencia de cláusulas constitucionales que tratan, de forma diferenciada, sobre la existencia de un status diferenciado conferido a las normas de derechos humanos en el plano doméstico; y, (c) la semejanza entre el objeto de protección de las normas de derechos humanos y las normas protectivas domésticas.

La (a) *pretensión universalizante* de los derechos humanos consiste en el principal fundamento teórico que impele al diálogo transnacional (conferir sección 1). Tales intentos pretenden conectar los diferentes Estados en función de una agenda mínima común de protección de determinados conjuntos de derechos. Ese constitucionalismo global se procesa, entre otros elementos, mediante la creación y el fortalecimiento de mecanismos institucionales de fiscalización e implementación de garantías mínimas en los planos nacionales (sistema de informes de la ONU, cortes internacionales de justicia, cortes regionales de derechos humanos, etc).

A su vez, es posible identificar una tendencia a la cristalización en las constituciones de (b) *cláusulas de apertura* del ordenamiento nacional a las normas internacionales de derechos humanos (Häberle, 1998, 2000). Eso se expresa por medio de un catálogo extenso de países que confieren status diferenciado a los diplomas de derechos humanos, confiriéndoles, incluso, fuerza vinculante igual o superior a la propia constitución nacional.⁹ Esa diferenciación declarada hace con que los tribunales se sientan más fuertemente impelidos al diálogo constitucional cuando estén frente a materias que encuentren regulación específica en el plano internacional y, de forma aún más expresiva (con significativo impacto en la lógica de argumentación de los países de tradición civilista), cuando deba considerar el llamado derecho secundario

⁸ No se pretende discutir, en este trabajo, la posibilidad o no de considerarse las normas de derechos humanos como un ramo del derecho dotado de peculiaridades que lo distinguen de los demás, como pretende algunos autores, teniéndose en vista los destinatarios/beneficiarios de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados (sus nacionales y todos los extranjeros que se encuentren bajo su jurisdicción) y la existencia de reglas específicas de interpretación que tienden a conferir un mayor grado de protección del individuo frente al Estado. (CANÇADO TRINDADE, 1997).

⁹ Para un inventario de las disposiciones constitucionales de países latinoamericanos relativas al *status* de los Tratados de Derechos Humanos en los órdenes jurídicos domésticos (CANÇADO TRINDADE, 1997; NOGUEIRA ALCALÁ, 2000). Para una perspectiva más amplia que privilegia las constituciones europeas (KORKOT, 1999).

(o sea, las decisiones de las cortes e instancias supranacionales que, en el proceso de adjudicación, especifican el contenido de las cláusulas definidoras de derechos humanos y le fijan el ámbito de abarcadura) (Bettlem; Nollkaemper, 2003).

Por fin, por el hecho de que las normas definidoras de derechos humanos fijan obligaciones a los Estados de protección y promoción de los derechos de los individuos y de las colectividades en el plano interno, (c) sus *comandos normativos se asemejan (y se sobreponen) a los derechos y garantías constitucionales* ya aseguradas en el plano doméstico. Esta superposición opera en el sentido de diversificar y ampliar el abanico de protección y los mecanismos de reivindicación puestos a la disposición del individuo en el contexto de los Estados nacionales (Schutter, 2004). Se tiene, de esta forma, un sistema con múltiples niveles de protección, en el que vigora la máxima de la primacía de la norma más favorable a las víctimas (Cançado Trindade, 1997; Pinto, 2004).

Frente a esa superposición de contenidos, tales normas, aunque siendo vehiculadas mediante documentos internacionales, por la clasificación adoptada, tal vez fuesen mejor encuadradas en la próxima subsección (normas constitucionales de carácter, *prima facie*, doméstico). Empero, en razón del status que les viene siendo atribuido por las propias constituciones nacionales y de los retos relacionados a esa dualidad de ordenamientos en conversación (internacional y nacional), éstas fueron mantenidas en un ítem apartado.

La referencia a tales normas (tanto del derecho primario como del secundario) goza, a un solo tiempo, de una fuerza vinculante en general mayor que las normas de derecho internacional, y provee materiales argumentativos con mayor autoridad persuasiva.

3.2. Normas constitucionales de carácter, *prima facie*, doméstico

El constitucionalismo viene siendo identificado con un conjunto de ideas políticas y de instituciones que pretenden definir reglas destinadas a la organización y racionalización del ejercicio del poder y al establecimiento de un conjunto de mecanismos de protección del individuo (Mateucci, 1998). En ese contexto, a la Constitución se le atribuye importante función de tipificar, pasando a ser comprendida como un texto que, no sólo emerge como un símbolo de la identidad nacional, sino que también define las reglas del juego político y fija los criterios de validez interna del ordenamiento jurídico. Cumpliendo ese papel, la constitución se consolida como un importante factor de integración de los vínculos en la comunidad y de garantía de las instituciones democráticas.

En esos términos, las cuestiones relativas a la separación de poderes, a la distribución de competencias entre entes federativos, al proceso legislativo, a los derechos fundamentales, al *judicial review*, entre otras, consisten en normas de carácter, *prima facie*, doméstico.¹⁰ Ese reconocimiento, sin embargo, no ha impedido que las cortes

¹⁰ КОКОТ (1999) identifica un conjunto de normas constitucionales que son más susceptibles al diálogo y a su análisis en una perspectiva comparada.

recurran a otras experiencias constitucionales para resolver los casos que se les presenten. Varios son los factores utilizados por las cortes para legitimar su apertura (en mayor o menor grado) al diálogo con experiencias no nacionales.

El recurso a los dispositivos previstos en tratados internacionales, a la costumbre internacional y al *case-law* de las cortes internacionales pueden ser invocados (conferir las secciones 2.1.2 y 2.1.3), cuando esas materias afectan directa o indirectamente cuestiones de índole doméstica, como por ejemplo, reglas relativas a la adquisición de nacionalidad o garantías procesales asociadas a las cláusulas del debido proceso legal consignadas en tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Regional de Derechos Humanos a la que el Estado haya adherido.

Por otro lado, la referencia a la experiencia no nacional (legislación de otros países, doctrinas jurídicas, teorías políticas, jurisprudencia de tribunales constitucionales nacionales) ha sido igualmente recurrente. Diferentemente de los materiales hasta aquí analizados, esa referencia, generalmente, consiste en una actitud espontánea por parte del tribunal. Los magistrados reconocen que esta o aquella experiencia es relevante, aunque no conciben esa aproximación como obligatoria (no se sienten vinculados). El tribunal se involucra en ese proceso de diálogo con la finalidad de extraerles argumentos útiles a la solución de las cuestiones que se le presentan.

Frecuentemente el recurso a esas experiencias es utilizado sin cualquier discusión acerca de su legitimidad, y el peso conferido a esos elementos está directamente relacionado a los resultados esperados y a la función atribuida al método comparativo en el contexto de la decisión pretendida.

Antes de entrar en el debate relativo a las implicaciones metodológicas de esos enfoques, vale la pena señalar dos aspectos que se figuran interesantes.

(1) Los países de tradición del *common law*, porque construyeron sus ordenamientos jurídicos como extensión de la tradición británica y porque se encontraban hasta poco tiempo ligados, de alguna forma, a una jurisdicción revisora llevada a cabo por el *Privy Council*, se valen constantemente de un diálogo más estrecho con las decisiones de otras jurisdicciones en el proceso de jurisdicción constitucional nacional (p. ej., Australia, Canadá, África del Sur, Nueva Zelanda e India). Aun sin invocar los precedentes de otras cortes con carácter vinculante (*binding force*), los criterios y las razones subyacentes en ellos identificados son largamente utilizados como “argumentos persuasivos” en el proceso de construcción de la decisión judicial.

(2) Con relación a los debates sobre los préstamos constitucionales, en el ámbito de los países de lengua inglesa y tradición jurídica vinculada al *common law* enfatizan un diálogo transjudicial (diálogo entre las decisiones de las cortes); en el ámbito de los países de tradición civilista, ese tipo de diálogo es muy reducido. La referencia a decisiones de otras experiencias constitucionales generalmente no es directa (Drobing, 1997), sino mediada por medio del análisis doctrinario, p. ej., al analizarse la

“importación” del principio de la proporcionalidad por el ordenamiento constitucional brasileño, las cortes generalmente no dialogan con los *leading cases* decididos por la Corte Constitucional Alemana que confirieron al principio de la proporcionalidad una aplicabilidad que trasciende el análisis de legitimidad de las leyes restrictivas de derecho, sino a partir de los análisis hechos, preferencialmente por Robert Alexy, que sistematizaron los criterios de corrección aplicados por la corte acerca de una teoría general de los derechos fundamentales.

4. EL DEBATE SOBRE LOS USOS DE ELEMENTOS NO NACIONALES POR LOS TRIBUNALES

Frecuentemente los autores, al describir la práctica de las cortes, directa o indirectamente, hacen evaluaciones sobre los enfoques por ellos “descriptos” y, de cierta forma, buscan encontrar en esos patrones de comportamiento criterios para un eventual control de la decisión.

En esta sección, se pretende hacer un breve inventario sobre cómo han sido “descriptos” los usos de tales elementos por los tribunales. Enseguida, serán privilegiados los enfoques que señalan, más allá de las cuestiones metodológicas, el uso de esos elementos como estrategia de argumentación. A partir de un análisis externo al discurso judicial, se pretende identificar las diferentes motivaciones que impelen al juez (o al tribunal) a valerse de experiencias no nacionales y de qué forma tales pretensiones corroboran para que se las elijan como estrategias de argumentación.

4.1. Inventariando los diferentes usos de la comparación por las Cortes

Pueden ser identificados inúmeros intentos de categorización del fenómeno en comentario. Tales clasificaciones pretenden identificar patrones de conducta a partir de una verificación empírica (luego, supuestamente descriptiva) del efectivo uso por parte de tribunales de experiencias no nacionales. No obstante, como señala Saunders (2006, p. 50), “ellas no son capaces de abarcar integralmente la diversidad de formas en las cuales las cortes se refieren al derecho constitucional y a la experiencia de otras jurisdicciones”. Todo ese esfuerzo descriptivo, aunque represente solamente representaciones parciales del fenómeno,¹¹ auxilia la comprensión sobre cómo los magistrados manejan las cuestiones de legitimidad y de “adecuada” aproximación al elemento extranjero.

¹¹ Se postula, aquí, la imposibilidad de que sea definido un enfoque que abarque, integralmente, ese fenómeno. No sólo porque los grandes sistemas jurídicos poseen patrones diferenciados de construcción de la argumentación judicial (*judicial reasoning*), sino también porque: (a) las estrategias de convencimiento de cada una de las cortes está fuertemente circunscripta a las prácticas judiciales consolidadas en aquel país; y (b) la forma como la corte utilizará el elemento no nacional no puede ser descripta a partir de una práctica coherente y preordenada, sino determinada por la función que será desempeñada por el elemento no nacional en su estrategia de argumentación.

Entre los innúmeros enfoques¹² existentes, se ha buscado, aquí, ilustrativamente, presentar aquéllos que han influenciado más decisivamente los estudios acerca de esta temática (Mark Tushnet y Sujit Choudhry) y que dan subsidios útiles a la identificación de la relación entre el tipo de experiencia puesta en conversación con la corte y las estrategias de argumentación por ella utilizadas para justificar (legitimar) su uso y los resultados obtenidos (Taavi Annus).

Para Tushnet (1999), el recurso por los tribunales a las experiencias extranjeras en el ejercicio de la jurisdicción constitucional está asociado a movimientos de contestación de la autocomprensión nacional sobre el contenido y el alcance de las disposiciones constitucionales. La forma como las cortes se aproximan a los elementos no nacionales representa el aspecto diferenciador de la tipología presentada por el autor. Para él, tales enfoques pueden ser reunidos a partir de una trílogía: funcionalista, expresivista y *bricolage*.

El *enfoque funcionalista* se ocupa de identificar equivalentes funcionales que confieran luces (soluciones mejores) a los problemas suscitados en el derecho nacional; la *aproximación expresivista* asume como punto de partida una actitud inicialmente refractaria a la propia posibilidad de comparación, sin embargo, el hecho de volverse a las experiencias extranjeras pretende ser una forma de diferenciarlas de la realidad nacional y, con ello, refinar la autocomprensión de los valores subyacentes a su tradición constitucional (ir al encuentro de sí mismo); y, por fin, un enfoque por él denominado *bricolage*,¹³ por medio del cual el intérprete, a partir de una actitud de apertura y predisposición a identificar *fuentes normativas* que le auxilien en el proceso de toma de decisión, recurre a experiencias extranjeras de manera más o menos aleatoria (1999, p. 1237).¹⁴ En ese último enfoque, el magistrado desarrolla el trabajo de “ofrecer razones” como un *bricoleur*. Según el autor, el “hecho” del uso de experiencias extranjeras por el magistrado evidencia, al mismo tiempo, que se encuentra en marcha un proceso de cambio en la cultura jurídica nacional sobre esa temática (Tushnet, 1999, p. 1304) y que él se autorreconoce como revestido de una función activa (participante) en el proceso de construcción judicial. De esa forma, fijar la atención a la experiencia constitucional extranjera se figura como parte de una estrategia de argumentación razonable, de otorgamiento de criterios y de posibilidades que serán puestas a prueba.

¹² DAMMAN (2002) se refiere a las comparaciones evaluativas (*evaluative*), intencionalistas (*intentionalist*), textualistas (*textualist*) y normativas (*authority-based*). DROBNIG (1997) distingue entre uso necesario y uso voluntario de elementos de derecho comparado. MCCRUDDEN (2000) distingue, por un lado, entre una influencia de los elementos del derecho constitucional comparado de efecto “general e indirecto” en oposición a la influencia “específica y directa”; y, por otro lado, entre usos explícitos y no explícitos. KOOPMANS (1996) identifica los usos con la finalidad de encontrar una solución (*to find a solution*) o justificar una solución (*justify a solution*). JACKSON (2001) señala el propósito de conferir utilidad interna (*internal utility*) o conferir legitimidad externa (*external legitimacy*) del recurso al elemento comparado.

¹³ Tushnet pretende transplantar para el plano de la interpretación constitucional la constatación llevada a cabo por Lévi-Strauss de que todo el proceso de construcción cultural es resultado de una composición, más o menos aleatoria, de materiales que se encuentran a la disposición en el proceso de su consolidación.

¹⁴ Tales enfoques, en cierta medida, se coadunan con los debates entablados en el propio derecho comparado.

La clasificación de Sujit Choudhry (1999), a su vez, busca resaltar los motivos usados por la corte (explícita o implícitamente) para justificar la conversación establecida con los elementos no nacionales. Para él, la forma cómo la corte entiende que está ella vinculada a la experiencia extranjera condiciona su aproximación al elemento no nacional. En esos términos, propone, igualmente, una clasificación tripartite según la cual las cortes se valen de: una interpretación *universalista* (de acuerdo con la cual la interpretación comparativa se conforma con un movimiento más amplio de identificación de principios trascendentes que pueden ser “descubiertos” en las diferentes realidades constitucionales); una interpretación *genealógica* (según la cual la interpretación se justifica por la demostración de la existencia de rasgos comunes en el proceso de construcción histórica de cada una de las experiencias constitucionales); y, una interpretación *dialógica* (para la cual la opción por la interpretación comparativa proviene de un proceso de autorreflexión interpretativa frente a la cual los jueces se inclinan por la conveniencia de la comparación cuando identifican similitud entre los presupuestos domésticos y los no nacionales).

Al confrontar de qué forma tales modelos de interpretación responden a las cuestiones sobre su abarcadura, sobre su impacto en el desarrollo de la cultura constitucional y sobre las pretensiones normativas, Sujit Choudhry resalta la ventaja que la interpretación dialógica expresa frente a las demás, por no basarse en ningún argumento normativo a medida que permite al tribunal valerse de la referencia a la experiencia constitucional extranjera sin una “internacionalización” de su cultura constitucional local,¹⁵ ofreciendo un ámbito más amplio de aplicabilidad.¹⁶

Los autores anteriores intentan establecer una relación entre la motivación de la corte y la forma como se da su aproximación al derecho extranjero.

A su vez, Taavi Annus (2002) se ocupa de un enfoque más pragmático, que distinga el uso del derecho comparado a partir de una escala gradual que varía de un uso sutil (*soft use*) a un uso intenso (*hard use*) del derecho comparado por las cortes. Los tribunales, en ese uso intenso, recorrerían al derecho comparado, tanto para ofrecer argumentos normativos (el préstamo de la autoridad de otras cortes, referencia al derecho comparado para sostener o auxiliar la interpretación o aplicación del dispositivo constitucional nacional), como para ofrecer argumentos empíricos (recurso a la experiencia extranjera de forma que ésa sea usada para justificar, a partir de su éxito factual, el transplante de una norma, institución o práctica).

¹⁵ Como resultado, el autor destaca la posibilidad de que las premisas factuales y normativas de otras realidades posibiliten a las cortes el aprendizaje sobre su propia realidad constitucional, sin con eso desintegrar la propia identidad constitucional mediante procesos de internacionalización.

¹⁶ Su campo de aplicación es más vasto, ya que no requiere la existencia de históricas relaciones entre los órdenes que se comparan, ni el reconocimiento de la existencia de un consenso universalizante entre las jurisdicciones, “lejos de figurarse como un obstáculo al uso de interpretaciones comparativas, los desacuerdos normativos mismos conducen a la interpretación dialógica, puesto que fuerzan la corte a identificar y justificar las razones de esos desacuerdos, propiciando el desarrollo de una conciencia más refinada acerca de sus similitudes y diferencias” (1999, p. 941).

De esa diferenciación, se pueden destacar dos cuestiones: no es posible definir anteriormente el peso atribuido al elemento externo en el proceso de argumentación (atribución de argumentos normativos); y la elección de los argumentos y de las justificativas depende de la función persuasiva atribuida al elemento extranjero (atribución de argumentos empíricos).

Ambos autores buscan alejarse de justificativas de carácter universalista y niegan la existencia de fundamentos normativos que *exijan* de las cortes constitucionales el deber de vincularse a los precedentes “transplantados” de otras realidades normativas. Ese lanzarse es voluntario y se encuentra fuertemente comprometido con una actitud activa por parte de la corte que asume “a mandate to diminish the gap between actual conditions and political ideals” (Jacobsohn, 2004, p. 1772).

Esa actitud de corrección de las “imperfecciones” presupone: un inventario previo de las fuentes domésticas (Tushnet, 1999), una predisposición de cambio del *status quo* sin romper con la tradición en la que está inserida (Jacobsohn, 2004) y el reconocimiento de que se trata de una elección interpretativa que no se justifica, por sí sola, en razón de la existencia de un consenso universalizante (Choudhry, 1999). Así, aunque los tribunales invoquen la existencia de los más variados argumentos de carácter universalizante para persuadir su auditorio acerca de la necesidad de la revisión constitucional o de la legitimidad del resultado alcanzado completar la omisión constitucional, el recurso al derecho comparado, incluso en el proceso judicial, ejerce una función de (auto)crítica y de corrección de rumbos, jamás un papel de utopía que prescribe (Pfersmann, 2001).

4.2. Las estrategias de argumentación y el aumento del repertorio normativo

El reconocimiento de que el recurso a la comparación consiste en una estrategia de argumentación (individual o institucionalmente consideradas) (Annus, 2002) implica que se asuman algunos presupuestos teóricos.

(a) No es posible establecer un método de comparación adecuado que sea aplicado por los magistrados con pretensión de corrección.¹⁷ El uso de fuentes extranjeras es asumido como una guía interpretativa y no como el resultado de una investigación metodológicamente orientada a la comparación de diferencias y semejanzas (Örücü, 1997, p. 253).

(b) La pluralidad metódica de las cortes se figura como requisito esencial para que se pueda realizar la debida búsqueda sobre el derecho aplicable al caso (se aleja aquí la posibilidad de cualquier teoría interpretativa exclusivista) (Choudhry, 1999).

¹⁷ Frecuentemente una preocupación metódica exacerbada en el discurso jurídico, en especial en el contexto de justificación de la decisión, frecuentemente esconde (enmascara) las opciones ideológicas del intérprete.

(c) Los elementos no nacionales colocados en conversación en las decisiones se figuran como *topói* argumentativos que son concatenados con los demás materiales normativos (*legal materials*). De esa forma, cumplen una función estratégica definida anteriormente por el intérprete y responden a los anhelos de ampliación del repertorio normativo puesto a la disposición de las cortes en el proceso de motivación judicial (*giving reasons*).

Al enfatizarse el aspecto instrumental del recurso al derecho comparado, se tiene aparentemente un debilitamiento de la disposición al diálogo transjudicial. Sin embargo, se trata de una debilidad aparente pues, al conferírsele el carácter de *topos* argumentativo, se autoriza que ese elemento actúe, concomitantemente, con las demás fuentes normativas, volviéndose legítimo su uso, tanto en el contexto de decisión, como en su contexto de justificación.

El grado de coherencia interna del argumento y el peso que se le atribuye en el discurso judicial están directamente relacionados con la forma con que se aproxima el intérprete al elemento no nacional. A modo de ejemplo, se pueden destacar: la búsqueda por la identificación de un origen común del instituto entre las experiencias jurídicas comparadas (aproximación genealógica), la búsqueda por la identificación de equivalentes funcionales, teniéndose en vista la existencia de problemas comunes para resolverse (aproximación funcionalista), la búsqueda de una identidad propia a partir del diálogo con otras experiencias (aproximación expresionista), esta última muy próxima al enfoque dialógico, en especial cuando el recurso a la experiencia extranjera pretende diferenciarla de la práctica nacional, en una actitud de rechazo al préstamo.

El contexto externo al discurso judicial también ofrece impulsos para que el tribunal se involucre, en mayor o menor medida, en un diálogo constitucional más próximo.¹⁸

La elección deliberada de la corte en dialogar con experiencias extranjeras es asumida como “estrategia discursiva” (Annus, 2002), como técnica de “ofrecimiento de razones” (Choudhry, 1999) o aún como “parámetro de crítica del orden interno” (Tushnet, 1999).

4.3. Retos a la argumentación judicial en los países de tradición civilista

Tradicionalmente, la lógica de argumentación de las decisiones de las cortes se estructura precipuamente a partir de argumentos deductivos: de la identificación del comando de la ley a la aplicación al caso analizado. Esa vinculación parece estar todavía presa a la creencia de que el magistrado debe juzgar en conformidad con el derecho que se le presenta como un objeto (listo y acabado) que será descubierto por la hermenéutica. En el proceso de (re)construcción del comando normativo aplicable al caso, las cortes recurren

¹⁸ Conferir la experiencia de Australia, de Israel, de África del Sur y de India.

preferencialmente a la doctrina, utilizándose de las referencias a juzgados como argumentos de autoridad y de refuerzo de una posición anunciada previamente.

Esa característica ha hecho con que, hasta poco tiempo atrás, los manuales de derecho dieran muy poca importancia al análisis de las decisiones de los tribunales. El esfuerzo de identificación de *leading cases* en determinados conjuntos normativos es reciente y se conforma con aquello que viene siendo denominado de jurisprudencialización del derecho (en especial, del derecho constitucional) (Rousseau, 1998). Se trata del reconocimiento de un papel prominente atribuido a las cortes (en especial a la Corte Constitucional) en el proceso diario de (re)estructuración del derecho constitucional (Alexy; Dreier, 1997).

La corte constitucional, como guardiana final de la constitución, emerge como un escenario de exacerbadas demandas por reconocimiento de derechos y de disputas políticas provenientes, en gran medida, de su papel como árbitro entre los poderes y como límite contramayoritario en la protección de las libertades. Esa prominencia de esas cortes adviene de la promulgación de decisiones fundamentadas en una perspectiva interpretativa de naturaleza principiológica y dotadas de posturas asumidamente creativas e intervencionistas. Además, está claro, del efecto vinculante de sus decisiones.¹⁹

Esa guiñada es tan significativa que algunos autores se refieren a esa vinculación “casi canónica” al *case-law* de la Corte Constitucional (Schlink, 1994).

En ese ambiente cultural, el fenómeno de la circulación de modelos jurídicos es tan (o más) frecuente que la práctica de envío/recepción en la tradición contrapuesta. Sin embargo, en el contexto de justificación de las decisiones judiciales, el recurso a la práctica extranjera es, muchas veces, deliberadamente escondido, como resalta Legais (1997, p. 113) al analizar la jurisprudencia de los *haute jurisdictions françaises*. O, más frecuentemente, es introducido en la práctica judicial por intermedio de la literatura especializada (Drobnig, 1997). Así, tradicionalmente, el principal vehículo de transposición de modelos constitucionales, en el proceso de adjudicación, consiste en la incorporación de lecciones doctrinarias (el análisis directo del *case law* de las cortes está constantemente relacionado a aproximaciones parciales que deben ser evitadas).

Por tales razones, los análisis tipológicos antes presentados no pueden ser transplantados para esa realidad. Sin embargo, muchos de los cuestionamientos sobre la legitimidad de ese recurso y de oposiciones metodológicas, guardadas las debidas proporciones, pueden ser formulados en el interior de nuestra tradición.

¹⁹ La idea de decisiones judiciales con efecto vinculante es tan particularmente reciente en la experiencia constitucional de los países de tradición civilista que durante mucho tiempo se negó a la jurisprudencia el status de fuente formal del derecho positivo.

Eso puede ser fácilmente evidenciado en el diagnóstico elaborado por Drobnić acerca de la práctica de la Corte constitucional alemana. Para él, la corte recurre al derecho comparado para “rellenar las lagunas en el derecho alemán, revisar una regla positiva por intermedio de un desarrollo judicial creativo,²⁰ y más recientemente ha empleado el recurso al derecho comparado para controlar la constitucionalidad de las normas con la ayuda de standards y principios globalmente aceptados que son obtenidos por medio de investigaciones comparadas” (1997, pp. 146-7).

Ora, si Saunders reconoce haber todavía un largo camino que ser recorrido por los teóricos para la adecuada comprensión de este fenómeno en el ámbito de los países de la *common law*, en la tradición civilista, esa preocupación se presenta como terreno casi inexplorado.

5. SÍNTESIS CONCLUSIVA

En este artículo, se buscó reconocer que el recurso a experiencias no nacionales en el proceso de adjudicación constitucional llevado a cabo por las cortes consiste en una estrategia de argumentación legítima y que posibilita un aumento del repertorio normativo puesto su disposición, uniendo al intérprete-constitucional, de una sola vez, de *topoi* argumentativos de carácter tanto “subversivos” (Fletcher, 1998) –a medida que pueden provocar nuevos direccionamientos en los caminos posibles adoptados en el proceso de concretización constitucional– como “valorativos” (Lamego, 1990) –a medida que interiorizan en el sistema constitucional la autocritica a partir de la confrontación, en actitud dialógica, de experiencias constitucionales concretas de otras realidades socioculturales.

Ese diálogo, por lo tanto, suscita un proceso constante de apertura a la crítica y posibilita que sean adscritos a la Constitución nuevos niveles textuales, especificando nuevamente la idea de constitución material. Segundo Weinrib (2002, pp. 3-4), “donde el ‘nuevo comparativismo’ ha tenido lugar, el análisis comparativo es considerado como interna a la actividad de la jurisdicción constitucional o como ofreciendo a los comentaristas *insights* apropiados a los trabajos internos de regímenes constitucionales específicos”.

Tal utilización ha suscitado diversos esfuerzos teóricos en el sentido de definir metodologías que, en última instancia, estén aptas a redimensionar el propio alcance de la interpretación constitucional y de la tradicional “teoría de las fuentes” en el derecho.

El enfrentamiento de esa cuestión exige una profunda reflexión sobre el papel ejercido por la Constitución, sobre la legitimidad de la jurisdicción constitucional (delimitación de los límites de la actuación del Poder Judicial) y sobre la racionalidad de

²⁰ Conferir la práctica judicial brasileña del “cheque postfechado” y del recurso a la “sociedad de hecho” para reconocimiento de efectos jurídicos advenidos de uniones de hecho.

las decisiones judiciales. Se abre, así, un inmenso abanico de posibilidades de investigación que no se adecuan a los conceptos clásicos de soberanía, de Estado y de Constitución. Innúmeras cuestiones y dudas trasparecen: ¿la utilización de elementos normativos extraños a la cultura constitucional nacional, al cuestionar la idea-fuerza de que la constitución como opción política fundamental (soberanía) y autoproyección de la identidad cultural de su pueblo, puede romper con la función integradora tradicionalmente conferida a las constituciones? ¿Cuáles serían los límites que se presentan a ese préstamo y, si posible, cuáles serían los parámetros que fijarse para el control racional de las decisiones judiciales?

Esa diversidad de “miradas” sugiere algo más allá del mero interés académico en las diferencias y semejanzas entre los sistemas constitucionales. El “nuevo comparativismo” no deja la teoría constitucional incólume, sino que coloca en marcha procesos e ideas que cuestionan conceptos clave y distinciones que constituyen el derecho constitucional a punto de haberse desarrollado la idea de indispensabilidad del análisis comparativo para el entendimiento adecuado de su propio sistema constitucional.

6. REFERENCIAS

- ACKERMAN, Bruce, “The rise of world constitutionalism”, *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, pp. 771-797, may 1997.
- ADLER, Matthew D., “Can constitutional borrowing be justified: a comment on Tushnet”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Philadelphia, PA, USA, v. 1, n. 2, pp. 350-357, fall 1998.
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf, “Precedent in the Federal Republic of Germany”, in McCormick; Summers, Robert (eds.), *Interpreting precedents: a comparative study*, Aldershot; Brookfield: Ashgate Publishing co., 1997.
- AMMAN, Diane Marie, “Raise the flag and let it talk”: on the use of external norms in constitutional decision making, *International Constitutional Law Review*. Oxford/UK; New York/US, v. 2, n. 4, p. 597-610, 2004.
- ANCEL, Marc, *Utilidade e métodos do derecho comparado*, Porto Alegre: SAFE, 1980.
- ANNUS, Taavi, Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting the right arguments, *Duke J. of Comparative and International Law*, v. 14, n.2, pp. 301-350, 2004.
- BETLEM, Gerrit; NOLLKAEMPER, André, “Giving effect to public international law and european community law before domestic courts. A comparative analysis of the practice of consistent interpretation”, *European Journal of International Law*, v. 14, n. 3, 2003, pp. 569-589.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de derecho internacional dos derechos humanos*. Porto Alegre: SAFE, 1997. v. 1.
- CHOUDHRY, Sujit, “Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation”, *Indiana Law Journal*, v. 74, n.3, pp. 819-948, Summer 1999.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé*, Paris: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1972, 1974, tome I e II.

- DAMMAN, Jens, "The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation", *St. Thomas Law Review*, v. 14, n.3, pp. 513-560, 2002.
- DEHOUSSE, Renaud, "Comparating national and EC Law: the problem of level of Analysis", *The American Journal Of International Law*, v. 42, 1994, pp. 761-781.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti, *Introducción al derecho constitucional comparado: las "formas de Estado" y las "formas de gobierno", las constituciones modernas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- DORSEN, N.; ROSENFELD, M.; SAJÓ, A.; BAER, S., *Comparative constitutionalism: cases and materials*. Thomson West, 2003.
- DROBNIG, Ulrich; VAN ERP, Sief (ed.), *The use of comparative law by courts*, The Hague, Netherlands: Kluwer Law International, 1997.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack, "Constitutional borrowing and nonborrowing", *I-CON International Journal of Constitutional Law*. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, pp. 196-223, 2003.
- FLETCHER, George P., "Comparative law as a subversive discipline", *The American Journal of comparative law*. v. 46, n. 4, pp. 683-700, fall 1998.
- FRANKENBERG, Günter, "Critical comparisons: re-thinking comparative law", *Harvard International Law Journal*, v. 26, p. 411, 1985.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid: Alianza Universidad, 1993.
- GROSSFELD, Bernhard, "Comparative law as a comprehensive approach: a European tribute to Professor Jack A. Hiller", *Richmond journal of global law and business*. Richmond, VA, University of Richmond, v. 1, n. 1, pp. 1-33, winter/spring 2000.
- GROTE, Rainer, "Comparative law and law teaching through the case method in the civil law tradition – a german perspective" *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em: <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/246s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005.
- HÄBERLE, Peter, "Elementos teóricos de un modelo general de recepción jurídica", in Pérez-Luño, A.E. (Org.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 151-185.
- HÄBERLE, Peter, "México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un jus commune americanum", in Häberle, Peter; Kotzur, Markus (Orgs.), *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2003, pp. 1-83.
- HELPER, Lawrence; SLAUGHTER, Anne-Marie, "Toward a theory of effective supranational adjudication", *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 107, n. 2, pp. 273-391, nov 1997.
- JACKSON, Vicki C., "Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience", *Duke Law Journal*, v. 51, n. 1, pp. 223-288, 2001.
- JACKSON, Vicki; TUSHNET, Mark, *Comparative constitutional law*, New York, Foundation Press, 1999.
- JACOBSON, Gary Jeffrey, "The permeability of constitutional borders", *Texas Law Review*, v. 82, n. 7, pp. 1763-1818, jun. 2004.
- KOKKOT, Juliane, "From reception and transplantation to convergence of constitutional models in the age of globalization: with particular reference to the German Basic Law", in

- Starck, Christian (ed.), *Constitutionalism, universalism and democracy: a comparative analysis*. Baden-Baden, Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. pp. 71-135.
- KOOPMANS, T., "Comparative Law and the courts", *International and Comparative Law Quarterly*, v. 45, n. 3, pp. 545-556, jul. 1996.
- LAMEGO, José, *Hermenêutica e Jurisprudência: Análise De Uma "Recepção"*, Lisboa, Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl, *Metodología da ciência do derecho*, 4 ed., Lisboa, Calouste-Gulbenkian, 2005.
- LAW, David S., "Generic Constitutional law", *Minnesota Law Review*, Minneapolis, MN, USA, University of Minnesota Law School, v. 89, n. 3, pp. 750-815, Feb. 2005.
- LEGAIS, Raymond, "France: L'utilisation du droit comparé par les Tribunaux: rapport français", in Drobnig, U.; Van Erp, S. (eds.), *The use of comparative law by courts*, Kluwer Law International, 1997, pp. 113-126.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución en la encrucijada: palingenesia iuris politici*, Madrid: Univ. Complutense de Madrid, 1994. (Discurso de ingreso na Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da España).
- MAYER, Franz, "European constitution and the courts: adjudicating european constitutional law in a multilevel system", *Harvard Jean Monnet Working Papers*, Boston, MA, sept. 2003. Symposium European integration: the new german scholarship. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Heidelberg, 24-27 Feb. 2003. Disponível em: < <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html> >. Acesso em: 17 jun. 2004.
- MCCRUDDEN, Christopher, "A common law of human rights?: transnational judicial conversations on constitutional rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 20, n. 4, 2000, pp. 499-532.
- MIRANDA, Jorge, "Sobre o derecho constitucional comparado", *Revista Brasileira de Derecho Comparado*, Rio de Janeiro, v.5, n. 9, pp. 34-58, jul./dez. 1990.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, edición 2000, Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung; CIEDLA, 2000, pp. 163-259.
- ÖRÜCÜ, Esin, "Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition", *Electronic J. of comparative law*. v. 4.1, jun. 2000. (<http://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>).
- OSIATYNSKI, Wiktor, "Paradoxes of constitutional borrowing", *International Constitutional Law Review*, Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 2, pp. 244-268, 2003.
- PFERSMANN, Otto, "Le droit compare comme interpretation et comme théorie du droit", *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 53, n. 2, pp. 275-288, 2001.
- ROSENKRANTZ, Carlos F., "Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law", *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n.2, pp. 269-295, apr. 2003.
- ROUSSEAU, Dominique, *Las transformaciones del Derecho constitucional en la V República*. Los cadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol, Valencia, n. 24, 5-17, 1998.
- SANCHEZ AGESTA, Luís, *Curso de derecho constitucional comparado*, 5ª ed., Madrid: Universidad de Madrid, 1974.

- SAUNDERS, Cheryl, "The use and misuse of comparative constitutional law", *Indiana Journal of Global Legal Studies* v. 13, n. 1, pp. 37-76, winter 2006.
- SCHEPPELE, Kim Lane, "Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models", *I-CON International Journal of Constitutional Law*. New York/US, Oxford Journals/New York University School of Law, v. 1, n. 2, pp. 296-324, 2003.
- SCHLINK, Bernhard, "German constitutional culture in transition", in Rosenfeld, Michel (ed). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*, Durham; London: Duke University Press, 1994, pp. 197-222.
- SCHUTTER, Oliver de, "The implementation of the EU Charter of fundamental rights through the open method of coordination", *Harvard Jean Monnet Working Paper n° 7/04*. Disponível em: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>>. Acesso em: 20 nov. 2004.
- SERNA DE LA GARZA, José María, "El método de casos: reflexiones sobre el cambio en la metodología de la enseñanza del derecho no México", *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em:<http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/247s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005
- SILVA, José Afonso da, "Derecho constitucional comparado e proceso de reforma do Estado", *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM. Ciudad del México, 30 enero de 2004. Disponível em: <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa10/262s.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, "A typology of transjudicial communication", *University of Richmond Law Review*, v. 29, pp. 99-137, 1994.
- TUSHNET, M. (eds.), *Defining the field of comparative constitutional law*, Westport: Praeger, 2002, pp. 61-70.
- TUSHNET, Mark, "The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law", *International Constitutional Law Review*. Oxford/UK; New York/US, v. 1, n. 1, pp. 79-98, 2003.
- TUSHNET, Mark, "The possibilities of comparative constitutional law", *The Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, pp. 1225-1309, abr. 1999.
- TUSHNET, Mark, "Transnational/Domestic constitutional law", *Georgetown University Law Center, 2003 Working Paper Series in Public Law and Legal Theory*. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=437382>>. Acesso em: 19 nov. 2004.
- WEINRIB, Lorraine E., "Constitutional conceptions and constitutional comparativism", in Jackson, Vicki; Tushnet, Mark (eds), *Defining the field of comparative constitutional law*, Westport, CT, USA: Praeger Publishers, 2002, pp. 3-34.
- YAZBEK, Otávio, "Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos", in Grado, Eros Roberto; Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.), *Derecho constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 540-556.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *An introduction to comparative law*, 2nd ed., Oxford, Oxford Press, 1992.