

**InDret**  
REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

# El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo

**Rodrigo Brito Melgarejo**

Facultad de Derecho  
Universidad Nacional Autónoma de México

BARCELONA, ABRIL DE 2010

### *Abstract*

*A pesar de que la relevancia del derecho comparado en el control jurisdiccional de constitucionalidad ha sido frecuentemente objeto de importantes debates, en los últimos años se ha ido desarrollando un diálogo constitucional de carácter transnacional entre jueces constitucionales de diversos países. Algunos integrantes de un buen número de tribunales constitucionales han considerado la posibilidad de usar sentencias extranjeras porque los beneficios que el derecho comparado puede ofrecer son muchos. Tomar en cuenta las decisiones de otros tribunales constitucionales o explicar las razones por las que no se está de acuerdo con ellas, por ejemplo, puede propiciar que los jueces constitucionales reconsideren los principios o prioridades de su sistema constitucional cambiando sus perspectivas y, además, puede ayudarlos a encontrar argumentos novedosos de gran valía para renovar sus ideas constitucionales.*

*Este artículo pretende analizar la manera en que algunos tribunales constitucionales están usando sentencias extranjeras en su labor interpretativa y trata de demostrar que el análisis comparativo en el ámbito constitucional tiende cada día con mayor fuerza a la universalidad.*

*Despite the relevance of comparative law in constitutional adjudication has repeatedly been at the center of heated debates, in recent years, an increasingly transnational constitutional dialogue between justices has developed in many countries. Some members of a large number of constitutional courts have embraced the possibility of considering the constitutional decisions of other nation's courts because the potential benefits of comparative constitutional learning are many. Considering other national court decisions or explaining disagreements with them, for example, may stimulate judges to rethink principles or priorities in ways that alter their own constitutional perspective and to find new valuable arguments that renew its own stock of constitutional ideas.*

*This paper aims at analyzing the way some constitutional courts are using foreign decisions in constitutional interpretation and tries to demonstrate that comparative constitutional reasoning tends every day more vigorously to universality.*

*Title:* The use of foreign decision by Constitutional courts. A comparative analysis

*Palabras Clave:* Tribunales constitucionales, Sentencias extranjeras, Interpretación constitucional

*Keywords:* Constitutional courts, Foreign decisions, Constitutional interpretation.

## *Sumario*

1. Introducción
2. Actividad jurisdiccional y derecho comparado
3. Los tribunales constitucionales y el uso de sentencias extranjeras
  - 3.1 El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y el debate sobre el uso de material extranjero
  - 3.2 Los casos más representativos: Canadá y Sudáfrica
  - 3.3 La apertura de otros tribunales al uso de sentencias extranjeras
  - 3.4 El uso moderado de sentencias extranjeras
  - 3.5 La ausencia de referencias explícitas y el predominio de la recepción crítica: Las experiencias de Francia y Austria
4. A manera de conclusión
5. Bibliografía

## *1. Introducción*

El uso de sentencias extranjeras por parte de los tribunales constitucionales es un fenómeno controvertido que, en ocasiones, ha despertado un importante debate tanto al interior como fuera de estos órganos jurisdiccionales. Las controversias sobre el uso de material jurisprudencial extra-sistémico por los jueces constitucionales ha tomado fuerza en ciertas naciones debido a que, a pesar de que han existido avances relacionados con el estudio y el método de la comparación jurídica y su aplicación práctica, pareciera que la deformación de la idea de que el contexto local es el único que importa en la interpretación y aplicación del derecho, sigue vigente en algunos Estados y se ha consolidado en ellos como una percepción rudimentaria y simplista que contamina la manera en que deben llevarse a cabo los estudios comparativos en el ámbito jurídico.

El análisis de las formas en que puede darse aplicación práctica a los estudios de derecho comparado muchas veces se ha dejado de lado debido a que los sistemas jurídicos, proyectados en sus formas institucionales, están –y es obvio que no podría ser de otra forma– altamente influenciados por ciertas particularidades geográficas, lingüísticas, sociales y culturales. Estas peculiaridades, que impregnan los sistemas legales de cada Estado, tienen un impacto directo en nuestras vidas y, precisamente por esta razón, las normas que conforman los ordenamientos jurídicos estatales están condicionadas por factores propios del lugar en el que están destinadas a tener aplicación y vigencia. Esta premisa, que es válida desde el punto de vista de la teoría jurídica, ha tenido como resultado que, en el pasado, los diversos operadores del derecho centraran sus esfuerzos en comprender estas normas y, cuando encontraban dificultades interpretativas relacionadas con ellas, intentaran buscar respuestas en los factores locales, pues eran éstos los que, en primer término, ofrecían soluciones a los problemas derivados de la oscuridad de los textos legales. Esta situación, sin embargo, parece haber cambiado actualmente debido a la gran cantidad de relaciones de todo tipo que se han entablado entre los Estados y sus partes integrantes a partir de la aparición en la escena mundial de una serie de redes globales que acortan la distancia entre ellos.

La construcción de relaciones entre las naciones y la interacción sin fronteras de los distintos actores en el ámbito nacional e internacional, han dado como resultado que los factores sociales y culturales de carácter local traspasen cualquier línea divisoria e influencien no sólo los sistemas sociales y sus procesos, sino también los sistemas y ordenamientos jurídicos. Esto ha hecho que hoy en día no sea posible continuar pensando que en la labor de los operadores jurídicos lo único que importa son los factores que forman parte de los ambientes estatales, pues la interacción a través de procesos globales ha provocado que agentes que se encuentran más allá de las fronteras estatales condicionen la forma en que la labor jurídica se lleva a cabo. Es cierto que las diferencias entre los sistemas y ordenamientos jurídicos de cada Estado siguen existiendo, pero muchas veces son precisamente estas diferencias las que hacen que los distintos operadores que actúan en el campo del derecho den valor a la comparación jurídica, pues de ella depende que las

conclusiones que se obtienen del análisis de las diferencias y similitudes que existen entre sistemas, puedan ser adoptadas o utilizadas porque son interesantes para quienes usan el derecho como su herramienta de trabajo, o bien, para que puedan ser rechazadas y en ocasiones condenadas por ser contrarias a ciertos principios que forman parte importante de un determinado sistema normativo.

Lo que parece indudable entonces es que a través de la comparación es posible tirar por la borda la arrogante seguridad que algunos Estados manifiestan hacia el propio derecho y sus métodos (MARKESINIS, 2004, p. 8). Y es que las semejanzas y diferencias entre sistemas normativos pueden condicionar de manera importante el actuar de los operadores jurídicos, que adoptando una perspectiva comparativa, tratan de adaptar su conducta teniendo en cuenta los errores y aciertos de otros juristas cuyo campo de acción está fuera de los confines nacionales.

## *2. Actividad jurisdiccional y derecho comparado*

En la actualidad a nadie se le ocurriría dudar que el estudio sistemático del derecho comparado desempeña varias funciones de gran importancia. Lo anterior, porque el método de la comparación jurídica puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que la que ofrecen los estudios jurídicos consagrados a un solo país, pues los diferentes sistemas del mundo aportan una mayor variedad de soluciones de las que podría concebir en toda una vida el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema (ZWEIGERT y KÖTZ, 2008, pp. 16-17). Además, si consideramos que el derecho vigente en un determinado territorio no nace nunca de manera aislada en la mente del legislador o en las tareas que llevan a cabo los operadores jurídicos, es evidente que muchas veces para conocer de manera adecuada un ordenamiento determinado, es necesario tomar en cuenta lo que ha sucedido más allá de las fronteras en que éste se aplica (PIZZORUSSO, 1998, p. 154). Es verdad que, en gran medida, el estudio de este tipo de influencias corresponde a la historia del derecho; sin embargo, si pensamos que en el ámbito jurídico la investigación diacrónica no puede separarse fácilmente de la sincrónica (ZWEIGERT y KÖTZ, 2008, p. 10), las ventajas que ofrece el derecho comparado para comprender mejor los sistemas nacionales y para hacer que éstos crezcan y evolucionen son muchas.

La aplicación práctica del derecho comparado es, sin duda, uno de los factores que han hecho que la comparación jurídica sea revalorada debido a que el uso de los estudios comparativos con fines que traspasan el ámbito teórico y que pueden ser positivizados ha ocasionado que, cada vez con mayor frecuencia, los operadores jurídicos recurran a ellos para encontrar soluciones a los problemas que enfrentan. En este tenor, debemos decir que uno de los ámbitos en los que los estudios jurídico-comparativos ofrecen un buen número de ventajas es la interpretación del derecho, pues a través de ella los operadores jurídicos dotan de significados a las disposiciones legislativas con el fin de obtener las normas que deben aplicar en el momento en que llevan a cabo sus funciones. Cuando, por ejemplo, una

disposición es oscura o es difícil prever cuáles serán las consecuencias de asignarle un cierto contenido, la comparación jurídica puede servir como una herramienta útil para atribuir el significado más adecuado a esa disposición o para poder tener en cuenta cuáles han sido los efectos que se han tenido en otros lugares cuando a ésta se le ha dado un determinado contenido. Ahora bien, dado que el intérprete por excelencia es el juez (PIZZORUSSO, 1998, p. 156), es en él en quien debemos pensar antes que nadie como un posible usuario de los resultados que ofrecen los estudios comparativos. En este sentido, algunos de los integrantes de un número importante de tribunales constitucionales han considerado al derecho comparado como una herramienta útil en sus procesos interpretativos y han comenzado a interactuar con otros órganos de control, tomando como referencia los casos resueltos en otros países y ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un proceso de diálogo entre jueces constitucionales. Este proceso dialógico ha cobrado mayor fuerza debido a que los problemas comunes y las necesidades globales que enfrentan los Estados, han hecho crecer la necesidad de conocer no sólo las reglas escritas o la doctrina que se crea en el mundo académico, sino también las reglas operacionales, los modelos de sentencia y las técnicas de razonamiento que, en el ámbito jurisdiccional, ofrecen las experiencias extranjeras.

Esto nos hace ver que los procesos de integración global e internacional están afectando y cambiando no sólo las relaciones sociales o económicas, sino también los procesos de decisión judicial alrededor del mundo, particularmente en los tribunales de última instancia (L'HEUREUX-DUBÉ, 1998, p. 17). De hecho, hoy en día cada vez más tribunales constitucionales están volteando la mirada a las decisiones que se toman en otros países al momento de decidir qué principios jurídicos aplicar o cuál es la mejor solución en un caso determinado. A ofrecer algunos ejemplos al respecto dedicaremos los siguientes párrafos.

### ***3. Los tribunales constitucionales y el uso de sentencias extranjeras***

La comunicación transjudicial que se ha comenzado a construir en los últimos años tiene un especial significado en la justicia constitucional, pues en este ámbito el diálogo aporta elementos que favorecen una dialéctica entre valores y principios que relativiza las constituciones nacionales, pero que al mismo tiempo da fuerza a muchos de sus contenidos. Es por ello que esta práctica tiende cada vez con mayor fuerza a la universalidad y para muestra basta tomar en cuenta que, en muchos tribunales alrededor del mundo, existen jueces constitucionales que han recurrido al uso de sentencias extranjeras en su labor interpretativa. Las experiencias que se presentan a continuación pretenden demostrar esta tendencia.

#### **3.1 El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y el debate sobre el uso de material extranjero**

En los Estados Unidos el uso de sentencias extranjeras por parte de los *Justices* que conforman el Tribunal Supremo ha sido objeto de un debate profundo e intrincado en los últimos años. Esto ha propiciado que tanto académicos, como funcionarios públicos y medios de comunicación, den espacios a este tema a partir de la polémica que han suscitado a partir del año 2000 casos como *Atkins v. Virginia* o *Lawrence v. Texas*. Sin embargo, debe dejarse claro que esta práctica, si bien ha tomado nuevos bríos en años recientes, no es nueva en la jurisdicción constitucional de los Estados Unidos. De hecho, el debate que se dio en la *American University* entre los *Justices* Stephen Breyer y Antonin Scalia sobre el uso de material extranjero en la interpretación de la Constitución (cuyos ecos jurisprudenciales se ven materializados en *Roper v. Simmons*), puede encontrar sus antecedentes en 1820, cuando en *United States v. Smith* el *Justice* Livingston criticó el uso de fuentes extra-sistémicas por parte de Story, quien utilizó el método comparativo al momento de definir el delito de piratería. A este caso pueden sumarse otros antecedentes que hacen patente que el uso de material extra-sistémico en los Estados Unidos no es algo reciente. Podemos mencionar, por ejemplo, que en sus inicios el Tribunal Supremo de este país se refería constantemente a «*The Law of Nations*» (véanse, por mencionar sólo algunas, las sentencias *Chilsholm v. Georgia* (1793), *Murray v. Schooner Charming Betsy* (1804) o *United States v. Smith* (1820)), recurría al derecho de sistemas de *civil law* y aludía frecuentemente al derecho romano. Referencias a este último pueden encontrarse en *Columbian Insurance Co. of Alexandria v. Ashby* (1839), *Hovey vs. Elliot* (1897) o *Coffin vs. United States* (1895). Estas decisiones son prueba del respeto que, en sus orígenes, mostraron los jueces norteamericanos hacia fuentes externas a su sistema. Ahora bien, por lo que se refiere al uso de jurisprudencia extranjera en la labor interpretativa, debemos decir que desde tiempos de Marshall existen sentencias en las que, además de hacerse evidente la apertura del Tribunal hacia el derecho extranjero, pueden encontrarse referencias a decisiones de otros órganos jurisdiccionales. Marshall refiere en varias ocasiones sentencias de tribunales ingleses en las que encuentra argumentos que considera importantes al momento de tratar un asunto determinado. La sentencia *Rose vs. Himley* (1808) es una muestra de la forma en que este juez se vale de sentencias de otros países. El problema que se planteaba en este caso era si el Tribunal Supremo podía entrar al examen de la jurisdicción de un tribunal extranjero (en este caso un tribunal francés establecido en Santo Domingo). Partiendo del principio de autoridad, Marshall tomó en cuenta una serie de decisiones de los tribunales Británicos (*Flad Oyen; The Christopher; The Henrick and Maria, y The Helena*) y, después del análisis de estas sentencias, determinó que los tribunales americanos debían seguir el derecho británico y examinar la jurisdicción de tribunales extranjeros.

A mediados del siglo XIX, podemos encontrar otros casos en los que el Tribunal recurre también al derecho comparado. En 1857, por ejemplo, el Tribunal decidió el caso *Dred Scott v. Sandford*<sup>1</sup> y, al hacerlo, seis de los nueve integrantes de este órgano jurisdiccional recurrieron al método comparativo o se agregaron a las *opinions* de quienes hicieron uso de

---

<sup>1</sup> En *Dred Scott* un esclavo que llegó a territorio estadounidense, pedía ser liberado por encontrarse en un territorio libre y en el cual no se podía ejercer la esclavitud debido al Compromiso de Missouri.

fuentes extranjeras. En esta sentencia se nota la reticencia de algunos de los miembros del Tribunal al uso de la comparación jurídica<sup>2</sup>; sin embargo el recurso a jurisprudencia extranjera está presente en los razonamientos de diversos *Justices*. Nelson, McLean y Curtis, por ejemplo, dedican, desde diversos puntos de vista, un buen espacio al análisis de un caso inglés de 1827 (*The Slave, Grace*). La decisión del Tribunal en esa ocasión tenía que ver con un tema moralmente controvertido y, quizá por esta razón, los jueces norteamericanos dedicaron varias páginas al análisis de otras experiencias (prestando gran atención a lo que sucedía en Europa) con el fin de encontrar argumentos que sostuvieran su decisión. Pero lo que hay que subrayar en el tema que nos ocupa, es que el acalorado debate que se dio en torno a la forma en que debían tomarse en cuenta los contenidos de *Grace* (al margen de la desafortunada decisión del Tribunal en la que tuvieron un peso importante los planteamientos de Taney<sup>3</sup>) demuestra que la forma en que debe considerarse una sentencia extranjera ha sido, desde épocas remotas, materia de importantes discusiones al interior de algunos órganos de control.

En el periodo que comprende las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, se pueden encontrar también otros casos en los que el Tribunal recurre a las citas de precedentes extranjeros como *Reynolds v. United States*<sup>4</sup>, *O'Malley v. Woodrough*<sup>5</sup>, *Ker v. Illinois*<sup>6</sup> y *Roe v. Wade*<sup>7</sup>.

Después de la década de los 40 del siglo pasado, se da un incremento considerable en la utilización de fuentes extranjeras, pero también crecen los desacuerdos sobre el uso de este material. Muestras de la permeabilidad del Tribunal a la jurisprudencia extranjera pueden

---

2 El *Chief Justice* Taney escribió en este caso: «No one, we presume, supposes that any change in public opinion or feeling, in relation to this unfortunate race, in the civilized nations of Europe or in this country, should induce the court to give to the words of the Constitution a more liberal construction in their favor than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted. Such an argument would be altogether inadmissible in any tribunal called on to interpret it. If any of its provisions are deemed unjust, there is a mode prescribed in the instrument itself by which it may be amended; but while it remains unaltered, it must be construed now as it was understood as the time of its adoption».

3 El Tribunal Supremo resolvió en este caso que dado que la propiedad privada estaba garantizada por la V Enmienda de la Constitución y dado que un esclavo era propiedad privada, era inconstitucional cualquier ley federal (y por tanto también el Compromiso de Missouri) que quitara al dueño de un esclavo los derechos que tenía sobre él.

4 En donde el *Justice* Waite se refiere a la sentencia *Regina v. Wagstaffe* de la *Central Criminal Court* Británica

5 En donde se refieren citas a precedentes australianos, sudafricanos y del *Privy Council*.

6 En la que se refieren precedentes ingleses (*Ex parte Scott* y *Lopez & Sattler*) para respaldar los argumentos del Tribunal.

7 Para llegar a su decisión en esta sentencia los integrantes del Tribunal se refieren al «mundo de habla inglesa» y citan el caso británico *Rex v. Bourn*, de 1939.

encontrarse en la sentencia *Wolf v. Colorado*, en donde Frankfurter, al escribir la opinión de la mayoría, no sólo cita decisiones de otros tribunales relacionadas con el valor que se debe dar a evidencia obtenida ilegalmente, sino que también incluye en la sentencia una entera tabla en la que se compilan diversas decisiones sobre el asunto que el Tribunal debe decidir. En esta tabla se mencionan las sentencias *Miller v. Noblet*, de Australia; *Rex v. Nelson*, *Rex v. Durossel*, *Regina v. Doyle* y *Rex v. Kostachuk*, de Canadá; *Elias v. Pasmor*, de Inglaterra; *Ali Ahmad Khan v. Emperor*, *Baldeo Bin v. Emperor* y *Chwa Hum Htive v. Emperor*, de la India, así como *Hodgson v. Macpherson*, de Escocia.

Más recientemente, otras sentencias que encendieron el debate sobre el uso del derecho comparado en general fueron, entre otras, *Thompson v. Oklahoma* (1988), *Stanford v. Kentucky* (1989), *Printz v. United States* (1997), *Atkins v. Virginia* (2002), *Grutter v. Bollinger* (2003) y *Roper v. Simmons* (2005). En todas estas sentencias está presente el recurso al método comparativo y en muchas ocasiones también las críticas de algunos de los miembros del Tribunal (por lo general Scalia, Thomas y Rehnquist) sobre la forma en que se emplea. Ahora bien, por lo que hace particularmente al uso de precedentes extranjeros durante los años 90 y la primera de este siglo, pueden recordarse algunos datos curiosos. Por ejemplo, en 1992, en *Planned Parenthood v. Casey*, Rehnquist, que en su paso por el Tribunal Supremo en ocasiones se mostró contrario al uso de material extranjero en la interpretación de la Constitución, refirió decisiones de los tribunales de Alemania y Canadá. Algo similar sucede en *Washington v. Glucksberg* (1997), sentencia en la que se debatió la constitucionalidad del suicidio asistido y la eutanasia. En este caso Rehnquist, quien redactó la opinión de la mayoría, refirió el caso *Rodriguez v. British Columbia* del Tribunal Supremo de Canadá que establecía que «*a blanket prohibition on assisted suicide [...] is the norm among western democracies*». Después de un importante análisis comparativo, el Tribunal determinó que: «*the Anglo-American common law tradition has typically punished or otherwise disapproved both suicide and assisting suicide*». Lo curioso es que entre la mayoría también se encontraban Scalia y Thomas, quienes no hicieron comentario alguno sobre el uso de jurisprudencia extranjera por parte de Rehnquist.

Pocos años después, en *Knight v. Florida*, el debate sobre el uso de sentencias extranjeras cobró nuevamente fuerza. En esta sentencia el Justice Breyer recurrió en gran medida al método comparativo en su voto particular. La cuestión que tenía que ser abordada por el Tribunal en este caso era si de conformidad con la Octava Enmienda debía considerarse inconstitucional el cumplimiento de una sentencia de pena de muerte si el prisionero había esperado su ejecución cerca de 20 años. En opinión de Breyer, el derecho extranjero podía servir en este caso no como una fuente vinculante, sino como un útil instrumento de interpretación porque muchos tribunales ya habían tratado cuestiones similares. Con esta premisa, Breyer indicó que «*a growing number of courts outside the United States –courts that accept or assume the lawfulness of the death penalty– have held that lengthy delay in administering a lawful death penalty renders ultimate execution inhuman, degrading or unusually cruel*». El análisis de Breyer se enfocaba en las decisiones de varios órganos jurisdiccionales extranjeros entre los que se pueden mencionar el *Privy Council* del Reino Unido, el Tribunal Supremo de la India, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos e, incluso, el Tribunal

Supremo de Zimbabwe. Con esta sentencia, Stephen Breyer se mostró como uno de los más recurrentes usuarios del método comparativo en la labor del Tribunal Supremo estadounidense pues, desde su perspectiva, «willingness to consider foreign judicial views in comparable cases is not surprising in a Nation that from its birth has given a “decent respect to the opinions of mankind”».

Otro de los casos importantes en que el Tribunal Supremo recurre al método comparativo es *Lawrence v. Texas* (2003). En *Lawrence* la policía arrestó a dos hombres por consumir actos sexuales entre ellos (consentidos y dentro de su domicilio) alegando violaciones a las disposiciones legales de Texas, que prohibían el sexo oral y anal entre personas del mismo sexo. El caso fue muy relevante desde el punto de vista constitucional debido a que el Tribunal debía pronunciarse decidiendo si una relación íntima y voluntaria entre adultos capaces dentro de su domicilio implicaba una violación de la libertad personal y del derecho a la intimidad tutelado por la Enmienda XIV. Pero éste no era el único argumento que el Tribunal tendría que tratar, ya que también debía decidir si la aplicación de la ley texana suponía una violación al principio de igualdad, pues sólo contemplaba sanciones para los adultos del mismo sexo que realizaban estos actos, mientras que no sucedía lo mismo con las parejas heterosexuales. El caso llegó al Tribunal Supremo debido a que el Tribunal de Apelaciones aplicó el criterio establecido en el caso *Bowers v. Hardwick*. Para cambiar el criterio establecido en esta sentencia, el Tribunal Supremo argumentó que este precedente contrastaba notablemente con los principios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresados en un caso similar: *Dudgeon v. UK*. La decisión del Tribunal en este caso es particular, pues defiende la libertad personal de los recurrentes fortaleciendo sus argumentos con las razones expresadas en un caso resuelto por un órgano jurisdiccional supranacional al que no se encuentra vinculado<sup>8</sup>. En *Lawrence* también existieron opiniones contrarias a esta práctica, en particular de Scalia, quien señaló que: «Constitutional entitlements do not spring into existence because some States choose to lessen or eliminate criminal sanctions on certain behavior. Much less do they spring into existence, as the Court seems to believe, because foreign nations decriminalize conduct. The Bowers majority opinion never relied on “values we share with a wider civilization,” ante, at 16, but rather rejected the claimed right to sodomy on the ground that such a right was not ““deeply rooted in this Nation’s history and tradition,”” [...] Bowers’ rational-basis holding is likewise devoid of any reliance on the views of a “wider civilization,” see id., at 196. The Court’s discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since “this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.” *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, n. (2002) (Thomas, J., concurring in denial of certiorari)».

---

<sup>8</sup> El Justice Kennedy señaló en este caso que: «Almost five years before Bowers was decided, the European Court of Human Rights considered a case with parallels to *Bowers* and to today’s case [...] The [European] court held that the laws prescribing conduct were invalid under the European Convention on Human Rights».

Esta última *opinion* refleja el debate que se ha dado dentro del Tribunal entre jueces que han defendido el uso de precedentes extranjeros (como Breyer, Kennedy, Stevens, Ginsburg y O'Connor) y miembros del Tribunal que en ocasiones se han mostrado contrarios a esta práctica (como Scalia, Thomas y Rehnquist). Sin embargo, el debate sobre el uso de precedentes extranjeros no se ha quedado en el Tribunal Supremo, sino que ha trascendido a otros campos. En los Estados Unidos un grupo de congresistas (durante una legislatura Republicana) emitió resoluciones no vinculantes que buscaban desincentivar el uso de material extranjero por parte del Tribunal. Ejemplos de estas resoluciones son la *Constitution Preservation Resolution* (H. Res. 446) promovida por Jim Ryun, la Resolución 568 propuesta por Tom Feeney o la Resolución del Senado número 92, elaborada por John Cornyn. Ante estas resoluciones emergieron diversos puntos de vista, pero lo que se hizo manifiesto fue que una parte de los miembros del Congreso estaban en contra del uso de fuentes extra-sistémicas por parte del Tribunal Supremo. Después de estas resoluciones no vinculantes, el Senador Richard Shelby propuso la «*Constitution Restoration Act of 2005*», en la que se prohibía a los miembros del poder judicial basarse en cualquier Constitución, ley, norma administrativa, decreto emitido por el ejecutivo, lineamientos internos administrativos, políticas, decisiones judiciales, o cualquier otra acción de cualquier Estado extranjero u organización o agencia internacional, distinta a las disposiciones constitucionales de los Estados Unidos y del *Common Law* inglés (anterior a la Constitución). Una propuesta de ley idéntica fue presentada también en la Cámara Baja por Robert Aderholt. Estas propuestas no tuvieron mucho apoyo, pero dejaron claro que existen grupos que se han opuesto y se siguen oponiendo tajantemente al uso de material extranjero por parte de los Tribunales estadounidenses. Incluso algunos miembros del Congreso plantearon que debería entablarse juicio político contra aquellos jueces que habían recurrido al uso de fuentes extranjeras en su labor interpretativa.

La prensa en ocasiones ha sido también tan crítica al referirse a esta práctica, que una parte de la opinión pública se ha manifestado abiertamente contra ella. Por otra parte, en el mundo académico el debate también encuentra dignos participantes. Harold Koh y Anne Marie Slaughter, por mencionar sólo dos ejemplos, se han mostrado siempre favorables a la apertura de los Tribunales hacia recursos extra-sistémicos, mientras que otros tantos doctrinarios como Alford y Larsen han sido muy críticos al respecto. Pero a pesar de todo esto, el Tribunal sigue recurriendo al método comparativo en la interpretación de la Constitución y, a pesar de la reticencia aislacionista que existe, esta práctica comienza a ser constante entre los *Justices* norteamericanos.

### 3.2 Los casos más representativos: Canadá y Sudáfrica

Los tribunales de Canadá y Sudáfrica son dos órganos de control en los que el recurso a sentencias extranjeras es muy frecuente. Estas dos experiencias constituyen, en el ámbito internacional, referentes muy importantes en la apertura que los jueces constitucionales muestran respecto al método comparativo en la interpretación jurisdiccional de la

Constitución y por ello las consideramos como los casos más representativos en el diálogo judicial transnacional.

Por lo que respecta a Canadá, podemos decir que este país se ha mostrado siempre como un Estado en el que el recurso a sentencias extranjeras es frecuente, pues durante los años en que ha funcionado el Tribunal Supremo, las sentencias en las que se citan fuentes extra-sistémicas se pueden contar por miles.

Las razones por las que se da esta situación son muy diversas, pero entre ellas pueden destacarse ciertos factores que han sido determinantes en el uso de material extranjero por parte de los jueces constitucionales. En primer lugar, debe recordarse que en el pasado Canadá fue una colonia británica y que en su territorio también se establecieron los franceses. Este *background* cultural mixto que, a pesar de que a nivel político es causa de muchos desacuerdos internos, en términos culturales ha sido un factor determinante para que los canadienses (y, por tanto, también los *Justices* del Tribunal Supremo) tomen una actitud abierta e intercultural al momento de abordar ciertos temas de carácter jurídico (MARKESINIS y FEDTKE, 2009, p. 126). Pero además, el pasado colonial de Canadá también incide en la forma en que los jueces de este país han desarrollado sus labores pues, hasta mediados del siglo pasado, éstos se encontraban condicionados por las resoluciones de los tribunales británicos. Por lo tanto, las decisiones de los órganos jurisdiccionales de la Gran Bretaña fueron una referencia obligada para los jueces canadienses hasta 1949, año en que el mismo *Privy Council*, al responder una consulta que se le había hecho al respecto, consideró que el Parlamento de Canadá estaba legitimado para atribuir las funciones de órgano jurisdiccional de vértice al Tribunal Supremo. La separación de la jurisdicción de la Gran Bretaña es entonces relativamente reciente y esto puede considerarse un factor por el que los jueces canadienses han citado en muchísimas ocasiones «precedentes británicos» (OLIVETTI, 2006, p. 347). Por otra parte, debe señalarse también que, a partir de la década de los 80, con la introducción de la *Charter of Rights and Freedoms*, los integrantes del Tribunal Supremo han buscado experiencias extranjeras que les ayuden a dotar de contenidos las disposiciones que se recogen en este importante documento que, hay que decirlo, ha dado un nuevo rostro a la manera en que se conciben los derechos en este país. Por este motivo, a partir de 1984, año en que el Tribunal trata el primer caso relativo a la Carta de derechos y libertades, en la jurisprudencia canadiense se nota una influencia creciente de las sentencias de otros tribunales (SPERTI, 2006, p. 137).

Ahora bien, por lo que respecta al uso que el Tribunal Supremo da a las sentencias extranjeras, podemos decir que este órgano jurisdiccional participa en el diálogo transjudicial de manera activa y variada. Los integrantes del Tribunal, por ejemplo, utilizan en muchas ocasiones el derecho extranjero como instrumento interpretativo cuando deben determinar cuál es el peso que tienen que dar a determinados valores. En la sentencia *R. v. Big M Drug Mart Ltd*, por ejemplo, el Tribunal, al afrontar un caso relacionado con los alcances de los principios de libertad de conciencia y de religión, tomó en cuenta la forma en que estas libertades eran consideradas en la jurisprudencia estadounidense. En *R. v. Oakes*, por su parte, la jurisprudencia de los Estados Unidos también fue tomada en cuenta,

pero para demostrar que la solución adoptada en este país no podía aplicarse a la realidad canadiense. En este caso el Tribunal tenía que decidir si el artículo 8 de la *Narcotic Control Act* violaba el principio de presunción de inocencia establecido en la Carta de Derechos canadiense. Los jueces constitucionales debían entonces ponderar si el principio de presunción de inocencia podía ser limitado con el fin de alcanzar los fines marcados en la ley canadiense (evitar el tráfico de drogas) y, para hacerlo, tomaron en cuenta las soluciones que se han dado al respecto en la jurisprudencia de los Estados Unidos. En el examen del Tribunal, se determinó que el contexto estadounidense, por lo que se refiere al problema considerado, era muy diferente al canadiense y, por tanto, las respuestas dadas a este problema por la *Supreme Court* de los Estados Unidos no podían ser tomadas como referencia para resolver el caso que se presentaba en Canadá. Lo mismo sucede en *Andrews v. Law Society of B. C.*, en donde el Tribunal Supremo se aleja de los contenidos de la jurisprudencia de los Estados Unidos explicando las razones por las que el principio de igualdad no podía ser interpretado de la misma forma en Canadá y en su país vecino; o en *Regina v. Keegstra*, caso en el que el Tribunal evidencia similitudes y diferencias entre los ordenamientos de ambos países en la regulación de cuestiones relacionadas con el *hate speech*, pero da mayor peso a los elementos que hacen diferentes a ambos ordenamientos.

En la sentencia *Ford v. Québec*, el Tribunal Supremo, al declarar la ilegitimidad constitucional de una ley de la Provincia de Quebec que imponía que en la publicidad y los comerciales se usara exclusivamente el idioma francés, utilizó para dar fuerza a sus argumentos precedentes estadounidenses y europeos. El Tribunal ha dado el mismo uso a precedentes europeos, por ejemplo, en los casos que tienen que ver con pena de muerte y extradición.

En el ámbito de los derechos de los pueblos autóctonos, una sentencia en la que se encuentran referencias a precedentes extranjeros es *Van der Peet v. The Queen*. En este caso el Tribunal Supremo debía determinar si el derecho reclamado por la recurrente era un *aboriginal right* que le permitía justificar las actividades que llevaba a cabo aún en contra de las disposiciones contenidas en las *British Columbia Fishery 'General' Regulations*. Para dictar su resolución, el Tribunal recurrió al método comparativo con el fin de definir cuáles eran los *aboriginal rights* reconocidos por el artículo 35 (1) de la *Constitution Act* e hizo referencia a dos sentencias del siglo XIX del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Johnson v. McIntosh* y *Worcester v. Georgia*) con el fin de tener una visión más clara sobre los orígenes de este tipo de derechos. Éstos son sólo unos pocos ejemplos de los muchos en los que se encuentran referencias a sentencias extranjeras en las decisiones del Tribunal Supremo. Es evidente que el trabajo de este órgano jurisdiccional se caracteriza por la apertura hacia el derecho de otros países y esto le ha permitido convertirse en un actor importante en el diálogo transjudicial que se construye actualmente. Pero la cuidadosa forma en que recurre al material extranjero le ha permitido también al Tribunal no sólo encontrar argumentos útiles provenientes de otras experiencias, sino también aportar razonamientos que han tenido una buena recepción en otros países como Sudáfrica, Israel, Nueva Zelanda, etc. Esto hace que este órgano de control se esté convirtiendo, cada vez con mayor intensidad,

en un referente obligado para los tribunales constitucionales de los Estados liberal-democráticos.

El Tribunal Constitucional sudafricano, por su parte, es un órgano de control muy joven que ha recurrido frecuentemente al uso de sentencias extranjeras en su labor interpretativa y ha sido elogiado constantemente por la forma en que lo ha hecho. Y es que al valerse de esta praxis, el Tribunal es muy cuidadoso y no sólo toma en cuenta decisiones extranjeras para dar fuerza a sus resoluciones, sino también para poner en la balanza argumentos contrarios entre sí, para determinar cuál técnica interpretativa es la adecuada, para saber cuál es el consenso internacional sobre un determinado aspecto, para alejarse de una determinada solución jurisprudencial, etc. De ello dan muestra, por ejemplo *S. v. Zuma and Others*, caso en el que el Tribunal utiliza el *two stages approach*, una técnica de interpretación tomada de la jurisprudencia canadiense que servirá como esquema interpretativo en muchas de las posteriores decisiones de los jueces constitucionales sudafricanos. En *The State v. Makwanyane*, el Tribunal, al enfrentar la constitucionalidad de la pena de muerte en Sudáfrica, recurre también a una serie de materiales extra-sistémicos, entre los que destacan los argumentos sostenidos por los Tribunales Supremos de los Estados Unidos, Canadá y Hungría. Después del análisis de la jurisprudencia de éstos y otros países, el Tribunal Sudafricano estudia los argumentos que se vierten en estas decisiones bajo la óptica sudafricana y los valora en este contexto. De esta forma, los jueces constitucionales encuentran una solución para su país (declaran la inconstitucionalidad de la pena de muerte) usando bases metodológicas firmes y evitando la clonación de modelos y la recepción acrítica de jurisprudencia (RINELLA, 2006, pp. 415 ss.).

En la sentencia *The State v. Williams and others*, se cita también jurisprudencia estadounidense y del Tribunal Supremo de Canadá, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales de Namibia y Zimbabue. En este caso se trata la legitimidad constitucional del artículo 294 de la *Criminal Procedure Act*, con base en el cual podía imponerse, bajo ciertas circunstancias, la pena corporal de azotes a menores de edad con los instrumentos y en el lugar que los tribunales determinaran. Como en otras sentencias, el Tribunal examina el derecho extranjero para después analizar el caso en estudio bajo la óptica del derecho sudafricano. Los jueces constitucionales en esta sentencia usan el análisis comparativo para demostrar la importancia que en el ámbito internacional se ha dado a la prohibición de penas corporales consideradas como inhumanas y degradantes.

Por otra parte, en el caso *Fose v. Minister of Safety and Security* el Tribunal, al resolver si Ntandazeli Fose debía ser resarcido por los daños sufridos como resultado de una serie de actos violentos en su contra a cargo de la policía, analizó diversas decisiones extranjeras. El recurrente citó en este caso un gran número de casos extranjeros para sostener sus pretensiones, a fin de mostrar al Tribunal Constitucional la forma en que otras jurisdicciones reconocían la existencia de un daño constitucional y determinaban un resarcimiento a favor de quien lo había sufrido. Con esta premisa, el Tribunal hizo un análisis de los sistemas de Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Trinidad y Tobago,

Nueva Zelanda, Irlanda, India, Sri Lanka y Alemania. Después del estudio de las soluciones jurisprudenciales que se daban en otros países, el órgano de control sudafricano abordó este asunto desde una perspectiva nacional e hizo un análisis de las particularidades de su sistema. Con ello llegó a la conclusión de que no debían reconocerse más daños que aquellos previstos en las leyes y, por tanto, se abstuvo de seguir las soluciones adoptadas en otros países. Este caso demuestra de nueva cuenta que el Tribunal Constitucional sudafricano no cae en la tentación de recibir modelos o soluciones de manera acrítica, sino que, por el contrario, al ejercicio comparativo añade un análisis a conciencia de la situación local para llegar a una solución adecuada para el caso sudafricano.

El Tribunal también ha recurrido a sentencias extranjeras para determinar cuál es el consenso internacional sobre un determinado asunto. Muestra de ello son los casos *Buzani Donoi v. The State*; *Mohamed et al. v. President of South Africa et al.* y *Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority et al.* Asimismo, este órgano de control ha recurrido al análisis comparativo para identificar dos o más esquemas argumentativos extranjeros con el fin de determinar cuáles pueden ser las oscilaciones que es posible que se presenten al momento de interpretar ciertas disposiciones. En este caso se encuentran las sentencias *Lawyers for Human Rights and Ann Francis Eveleth v. Minister of Home Affairs* o *The State v. Russel Mamabolo et al.* Éstos son sólo algunos de los muchos ejemplos en los que el Tribunal Constitucional recurre a sentencias extranjeras. Es evidente que el caso del órgano de control sudafricano es una experiencia considerablemente significativa, pues éste ha sido muy participativo en el diálogo transjudicial no sólo analizando sentencias extranjeras, sino también construyendo y exportando elementos argumentativos propios.

### 3.3 La apertura de otros tribunales al uso de sentencias extranjeras

Además de las experiencias de Sudáfrica y Canadá, existen también otros Estados que se han mostrado muy receptivos al uso de sentencias extranjeras en la interpretación de la Constitución. Entre ellos se cuentan países de *common law* y de *civil law* cuyos sistemas jurídicos son tan diversos entre sí, que hacen evidente que el diálogo entre tribunales constitucionales tiende día a día con mayor fuerza a la universalización. En Portugal, por ejemplo, el uso de material comparativo no es algo fuera de lo común, pues el Tribunal Constitucional ha tenido como práctica constante buscar argumentos persuasivos en diferentes fuentes y las citas a jurisprudencia de otros países es un reflejo de esta situación. Las referencias que hace con mayor frecuencia el órgano de control portugués son, en el ámbito europeo, a las decisiones de los tribunales de España, Alemania e Italia; sin embargo, la labor comparativa de los jueces no se limita a esta área geográfica y prueba de ello son también las citas constantes a la jurisprudencia norteamericana. La disposición del Tribunal Constitucional lusitano al diálogo entre órganos de control está fuera de duda, pero las formas en que ésta se hace evidente son muy variadas. De hecho, no es difícil encontrar sentencias en las que se intuyen referencias implícitas al derecho extranjero o en las que esta práctica se hace presente a través de citas a sentencias del propio tribunal en las que se ha recurrido de manera abundante al método comparativo. Por estos motivos la

realidad portuguesa parece ser, en diversos aspectos, una de las puntas más avanzadas de la progresiva afirmación de un círculo abierto (más allá de los confines nacionales) de intérpretes constitucionales (ORRÙ, 2006, pp. 26-29).

Suiza es otra de las experiencias en las que el uso de sentencias extranjeras por parte del Tribunal Federal no es rara. En este país, el órgano jurisdiccional al que nos referimos asume tanto el papel de tribunal constitucional, como el de jurisdicción de última instancia en materia civil, penal y administrativa y, por lo tanto, el número de sentencias que emite, dada la gran cantidad de competencias con las que cuenta, es muy rica en temas y argumentos. Esto facilita de algún modo el recurso al derecho comparado y, por tanto, esta práctica no es extraña para el Tribunal Federal, cuya jurisprudencia refleja un influjo importante de fuentes extraterritoriales (GEROTTO, 2006, pp. 287-288). El Tribunal Federal toma en cuenta tanto la doctrina como la legislación y la jurisprudencia de otros países. Sobre esta última, el Tribunal se ha visto bastante receptivo pues en las decisiones del Tribunal suizo pueden encontrarse, por ejemplo, referencias explícitas al *Bundesverfassungsgericht* alemán (que es probablemente el órgano de control al que se recurre con mayor frecuencia, como se aprecia, por citar algunas, en las sentencias DTF 117, IV, 124, 128; DTF 119, Ia, 337, 340; DTF 119, II, 307, 311, o DTF 120, Ib, 276, 283), al *Conseil Constitutionnel* francés (DTF 123, I, 152, 174), a la *Corte Costituzionale* italiana (DTF 123, I, 152, 174), al *Verfassungsgerichtshofes* austriaco (DTF 122, III, 414, 417) o a la *Supreme Court* estadounidense (DTF 116, IA, 252, 263) (IBIDEM, p. 292). Esta práctica, generalmente, más que ser determinante en la forma en que el Tribunal Federal decide los asuntos que se le encomiendan, es utilizada como una forma de dar fuerza a sus argumentos; sin embargo, existen casos también en los que este órgano jurisdiccional utiliza las citas a la jurisprudencia extranjera para alejarse de los planteamientos que en ella se hacen o, incluso, para importar «*mutatis mutandis*» una institución o un concepto de origen extranjero e incluirlo en el ordenamiento interno. Es evidente entonces que el Alto Tribunal de Lucerna muestra una clara apertura hacia el uso de precedentes extranjeros de manera explícita que, generalmente, se inspira en países geográficamente cercanos a Suiza (como Alemania, Francia, Italia o Austria).

Otros países, pertenecientes al *Common Law*, también se han mostrado propensos al uso de precedentes extranjeros en la interpretación de la Constitución. En Australia, por ejemplo, los jueces de la *High Court* toman en cuenta con frecuencia las resoluciones de los órganos jurisdiccionales ingleses, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y de órganos de control de naciones como Canadá, India, Irlanda y Sudáfrica. Por lo que atañe al uso de precedentes de países de *civil law*, el Tribunal australiano ha recurrido también a la jurisprudencia alemana. Un ejemplo de la manera en que el Tribunal australiano usa sentencias extranjeras es el caso *Mabo v. Queensland [No. 2]*. En esta causa, el Tribunal decidió con una mayoría de seis a uno, rechazar la doctrina de la *terra nullius* considerando, para dar fuerza a sus argumentos, decisiones de Nigeria, Canadá, India, Nueva Zelanda y los Estados Unidos. A esta sentencia se pueden sumar como ejemplos de la apertura del Tribunal australiano al método comparativo las sentencias *Secretary, Department of Health and Community Services v. J.W.B. & S. M. B;* *Al-Kateb v. Godwin* y *Breen v. Williams* o, desde

una perspectiva no sólo funcionalista, sino también pragmática, las sentencias *Nationwide New Pty Ltd v. Wills*; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd* o *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth*. En este último caso, por ejemplo, la *High Court* usó los precedentes extranjeros no sólo como una forma de dar fuerza a sus argumentos, sino también como una fuente de información relevante para señalar el camino que, en la materia que se trataba (publicidad política por parte de grupos de interés y partidos políticos como medio para transmitir ciertos tipos de información a los electores), podía seguir el sistema australiano. Estas sentencias son sólo una muestra de los muchos ejemplos que demuestran la apertura que, a través del tiempo, ha mostrado el Tribunal australiano.

Otro de los países de *Common Law* que han mostrado una permeabilidad importante al método comparativo es la India. En este país, el Tribunal Supremo ha recurrido en no pocas ocasiones a precedentes de otros países, sobre todo a aquellos provenientes de los Estados Unidos, Australia, Canadá y Gran Bretaña. Ejemplos de sentencias en las que el Tribunal Supremo de la India recurre a precedentes extranjeros son *Maneka Gandhi v. Union of India*; *Hoskot v. State of Maharashtra*; *Khatri v. State of Bihar*, *Rangarajan v. Jagjivan Ram & Ors* and *Union of India*.

### 3.4 El uso moderado de sentencias extranjeras

Existen algunos países que no han sido ajenos al uso de precedentes extranjeros, pero en los que la práctica no es tan recurrida como en las experiencias que acabamos de referir. Uno de estos casos es el italiano, pues la *Corte costituzionale*, como han señalado diversos autores (véase al respecto PEGORARO, 1987, 1999 y 2006; ZENO-ZENCOVICH, 2005; BALDASSARRE, 2006, y SPERTI 2006), ha recurrido sólo en pocas ocasiones a las citas explícitas de jurisprudencia extranjera<sup>9</sup>. Esto, sin embargo, no quiere decir que los jueces constitucionales italianos rehúyen al método comparativo<sup>10</sup>; sin embargo, a partir de los análisis jurisprudenciales que se han realizado en los últimos años, podemos darnos cuenta de que al recurrir al uso de material jurisprudencial extra-sistémico, los integrantes del Tribunal Constitucional italiano buscan solamente dar valor a sus propias conclusiones, sin que esta práctica tenga una influencia importante en el *reasoning* de sus sentencias o en la *ratio decidendi*.

---

9 Entre las sentencias en que pueden encontrarse referencias explícitas a jurisprudencia extranjera podemos mencionar las siguientes: 123/1980; 300/1984; 161/1985; 1085/1988; 329/1992; 286/1995; 531/2000.

10 Integrantes de la *Corte costituzionale* y de las oficinas que la conforman han señalado, por ejemplo, que los jueces constitucionales han recurrido de manera importante al derecho comparado en temas como la agravante por clandestinidad, el federalismo fiscal, el anatocismo, los delitos sexuales que implican a menores, etc.

Alemania puede considerarse como otro país en el que el recurso al derecho comparado por parte de los órganos jurisdiccionales es moderado. A pesar de que la apertura hacia fuentes internacionales ha contribuido, después de la Segunda Guerra Mundial, a un cambio de mentalidad entre los operadores jurídicos germanos, el uso del método comparativo en la interpretación constitucional no ha sido tan marcada como en otras experiencias. Esta situación puede tener su origen en diversos factores. En primer lugar, debe decirse que la comparación jurídica en Alemania, a pesar de las grandes aportaciones de Zweigert y Häberle, no han tenido gran fuerza como método interpretativo debido al arraigo que en este país tienen los cuatro métodos de interpretación de Savigny. Además, dado que los jueces han ejercido sus poderes de un modo particularmente pragmático, la comparación ha quedado relegada en muchas ocasiones, pues los tribunales por regla general buscan sus argumentos en fuentes nacionales, sin tener en cuenta aquellos razonamientos que les puede brindar el derecho comparado. Otros de los obstáculos al uso de sentencias extranjeras en el *Bundesverfassungsgericht* son la ausencia de referencias a este material por parte de los abogados y la deferencia que en muchas ocasiones los jueces alemanes muestran frente al legislador (MARKESINIS, 2004, pp. 158 ss.). Sin embargo, el recurso al material comparativo no ha sido ajeno al Tribunal Constitucional Federal de este país y su apertura al derecho comparado se ha proyectado desde sus primeros años de actividad, manteniéndose constante y moderada durante más de medio siglo de historia institucional<sup>11</sup>. Un ejemplo de ello es el caso *Soraya* (BVerfGE 34, 14 de febrero de 1973), en el que el *Bundesverfassungsgericht* se inspiró indudablemente en la jurisprudencia

---

11 Somma y Häberl se pronuncian en este sentido y señalan algunos casos al respecto. Para ellos, por ejemplo «Risale ai primi anni cinquanta [una] decisione in cui si ricorre al diritto comparato per riflettere sulla portata della massima costituzionale, secondo cui “uomini e donne hanno pari diritti” (art. 3 GG) [BVerfG, 18 dicembre 1953]. [Poi,] nel corso degli anni sessanta riflessioni comparatistiche ricorrono in tema di compressione della “libertà di stampa” e di “informazione radiotelevisiva e cinematografica” (art. 5 GG), motivata dal proposito di “impedire gravi azioni contro la sicurezza dello Stato ed il suo ordinamento libertario” [BVerfG, 5 agosto 1966]. [...] In un’altra decisione la corte trova nel diritto comparato spunti per inquadrare il concetto di domicilio, contenuto nella disposizione concernente la sua inviolabilità (art. 13 GG). Per sostenere l’inclusione entro il concetto di discorso dei locali adibiti ad uso commerciale, si muove innanzitutto da una panoramica storica comprendente la costituzione belga e la dottrina e prassi applicativa prussiane. Seguono poi riferimenti a decisioni svizzere, austriache, italiane e statunitensi e richiami di dottrina straniera, tutti volti a fondare una soluzione che si ammette essere in contrasto con “la lettera dell’art. 13 GG” [BVerfG, 13 ottobre 1971]. Risale invece agli anni settanta la decisione con cui si dichiara l’illegittimità costituzionale -per contrasto con la norma secondo cui “il matrimonio e la famiglia sono oggetto di particolare tutela da parte dell’ordinamento statale” (art. 6 GG)- del divieto di matrimonio rivolto alla coppia nella quale uno abbia avuto rapporti sessuali con i genitori o i discendenti dell’altro (par. 4 c. 2 *Ehegesetz*). A tal fine si dice che “uno sguardo oltre le frontiere conferma un simile risultato”: del divieto non vi è traccia, oltre che negli ordinamenti socialisti europeo orientali, nel diritto angloamericano e nei paesi scandinavi. Soprattutto esso non è conosciuto in Austria e Svizzera e negli ordinamenti dell’area romanistica [BVerfG, 14 novembre 1973]. Recentemente il diritto comparato ha poi contribuito a dichiarare la legittimità costituzionale di un provvedimento volto a disciplinare la convivenza omosessuale. Anche in tal caso si documenta come essa abbia costituito oggetto di provvedimenti in molti ordinamenti europei e come ciò non abbia costituito una violazione dei principi costituzionali concernenti la difesa della famiglia tradizionale [BVerfG, 17 luglio 2002]». A. Somma-S. Häberl, *Uso complementare*, cit., p. 159-162.

norteamericana. La información sobre el caso alemán en el campo que nos ocupa es poca, pero a pesar de ello, los estudios que se han hecho en este ámbito demuestran que el Tribunal Constitucional Federal Alemán usa el método comparativo con cautela y, en algunos casos, incluso con un indeseable e inesperado grado de incertidumbre. Las referencias comparativas son mínimas y muchas veces vagas o poco claras. Esto, considerando lo precisos que son generalmente los alemanes, sugiere que los jueces de este país aún dudan de la confiabilidad del derecho extranjero o de su preparación para hacer uso de la comparación jurídica en su labor interpretativa (MARKESINIS y FEDTKE, 2009, p. 115).

### 3.5 La ausencia de referencias explícitas y el predominio de la recepción crítica: Las experiencias de Francia y Austria

Existen también países en los que los jueces constitucionales no usan de manera abierta sentencias extranjeras. En ellos muchas veces puede deducirse la influencia de los argumentos de tribunales extranjeros en las resoluciones que dictan sus órganos de control, pero no se encuentran referencias explícitas a las decisiones que contienen estos argumentos y, por tanto, para saber cuál es la importancia que estas instituciones dan al método comparativo se debe recurrir a un proceso de descriptación que requiere el conocimiento de los argumentos contenidos en las sentencias a las que los integrantes del órgano de control recurren o a otras fuentes como discursos, memorias, pronunciamientos por parte de los jueces constitucionales o del personal a su cargo, etc. Un ejemplo de ello es Francia, en donde las peculiaridades del sistema de justicia constitucional y la idea de no hacer explícitas las referencias a jurisprudencia de otros países ha tenido como consecuencia que el *Conseil Constitutionnel* nunca haya recurrido de manera expresa en sus decisiones a las sentencias de otros órganos de control. Esto, sin embargo, al igual que en otros casos, no quiere decir que los miembros del *Conseil* no volteen la mirada hacia lo que sucede en otras latitudes. Basta acudir a la página web de este órgano de control, para encontrar un enlace a las páginas electrónicas de los tribunales constitucionales de un gran número de naciones o para hallar un resumen de las actividades que lleva a cabo en el ámbito internacional y en las que participan sus integrantes, interactuando con sus homólogos de otros países<sup>12</sup>.

En Austria, por otra parte, a pesar de que pueden encontrarse algunas (pocas) referencias explícitas a sentencias extranjeras, la recepción de estas fuentes es, cuando se presenta,

---

12 En el sitio web del *Conseil constitutionnel* ([www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)), se ofrece un resumen de las actividades internacionales que ha realizado este órgano de control en los últimos años, que hace evidente el lugar que éste da al derecho comparado. El resumen indica las relaciones multilaterales y bilaterales que este órgano de control ha mantenido. Entre ellas destacan su adhesión en 1987 a la *Conférence des Cours constitutionnelles européennes*; su participación en la creación de *L'Association des Cours constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français* (ACCPUF); su participación en la Comisión de Venecia; la visita que han recibido de jueces constitucionales de otras naciones y los viajes al extranjero en los que han participado los propios integrantes del *Conseil* para llevar a cabo reuniones con jueces de otros países.

fundamentalmente crítica. Y esto es así muy probablemente porque, como señala Palermo, «l'approccio mentale dei giuristi austriaci –e tanto più della loro *élite* riunita nella Corte costituzionale (*Verfassungsgerichtshof*)–, è portato a ritenere che la Corte costituzionale e le sue pronunce siano quasi naturalmente oggetto di studio e di imitazione in altri ordinamenti, mentre sarebbe impensabile e disdicevole che avvenisse il contrario, stante il carattere paradigmatico del proprio ordinamento sul punto» (F. Palermo, *La Corte*, p. 133). Ésta es quizá la razón más importante por la que, a pesar de su apertura hacia el ordenamiento internacional y supranacional, en el Tribunal Constitucional austriaco existe una renuencia al uso expreso de precedentes extranjeros como método de interpretación y argumentación. De hecho, son sólo pocos los casos en que se pueden encontrar referencias expresas a algún tipo de material extranjero y menos aún en los que se hacen citas explícitas de jurisprudencia de otros países. Sin embargo, como ya adelantábamos, en Austria no faltan casos en los que la recepción crítica de argumentos propios de la jurisprudencia constitucional de otros países es evidente y esta situación se refleja en las sentencias del Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, a través de referencias de carácter general a «la praxis internacional y comparada».

#### **4. A manera de conclusión**

A lo largo de estas páginas hemos pretendido demostrar que el uso de sentencias extranjeras en los Tribunales constitucionales es una práctica a la que recurren un número cada vez mayor de órganos de control y a través de la cual se está creando un diálogo judicial transnacional que contribuye a la formación de un consenso internacional sobre ciertas materias que cada vez adquiere más peso. Con ello gana fuerza también la idea planteada por Zagrebelsky de optar por un derecho constitucional abierto en el que los jueces constitucionales interactúen para desarrollar, de una mejor manera, sus funciones. Sin embargo, hay que dejar muy claro, como también lo expresa el profesor italiano, que en este constitucionalismo abierto el uso de sentencias extranjeras no significa la humillación de las constituciones nacionales, pues lo que se busca a través de esta práctica no es construir un caballo de Troya para afirmar una dictadura universalista de los derechos, sino emplear un importante instrumento que nos ayude a comprender mejor nuestras propias constituciones, dándoles un sentido a través de un marco de fondo en el cual pueden asumir un significado preciso desde la perspectiva de un determinado momento histórico (ZAGREBELSKY, 2008, p. 404). Si tomamos esto en cuenta, el uso de sentencias extranjeras en la actividad interpretativa de los jueces constitucionales puede, sin duda, convertirse en una herramienta cargada de futuro para la afirmación de los derechos y principios que comparten un buen número de naciones.

#### **5. Bibliografía**

Antonio BALDASSARRE (2006), *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2.

Claire L'HEUREUX-DUBÉ (1998), *The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist Court*, en *Tulsa Law Journal*, vol. 34.

Sergio GEROTTO (2006), *L'uso della comparazione nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero*, en Giuseppe FRANCO FERRARI y Antonio GAMBARO (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Basil MARKESINIS (2004), *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, Milán.

-- y Jörg FEDTKE (2009), *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna.

Nino OLIVETTI (2006), *La comparazione nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, en Giuseppe FRANCO FERRARI y Antonio GAMBARO (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Romano ORRÙ (2006), *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, en Giuseppe FRANCO FERRARI y Antonio GAMBARO (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Lucio PEGORARO (2006), *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, en Giuseppe FRANCO FERRARI y Antonio GAMBARO (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

-- (1987), *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, en *Quaderni Costituzionali*, a. VII, n. 3.

-- y Paolo DAMIANI (1999), *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1.

Alessandro PIZZORUSSO (1998), *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Giuffrè, Milán.

Angelo RINELLA (2006), *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, en Giuseppe FRANCO FERRARI y Antonio GAMBARO (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.

Angioletta SPERTI (2006), *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, en *Rivista di Diritto Costituzionale*.

Gustavo ZAGREBELSKY (2008), *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna.

Vincenzo ZENO-ZENCOVICH (2005), *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4.

Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ (2008), *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México.