

## EL DIÁLOGO ENTRE LAS CORTES CONSTITUCIONALES

Rodrigo BRITO MELGAREJO\*

**L**A COMPARACIÓN jurídica cobra día a día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho. No es raro que diputados de todas las latitudes, antes de proponer un modelo legislativo, volteen su mirada hacia aquellos países en los que existen y se aplican leyes similares a las que presentarán ante el parlamento. De hecho, si se da un vistazo a las versiones estenográficas de los debates parlamentarios, es fácil encontrar referencias a modelos y experiencias extranjeras que enriquecen los argumentos en pro y en contra de las iniciativas propuestas. Sin embargo, en el ámbito jurisdiccional, el uso del derecho comparado y en particular de las referencias a sentencias extranjeras, ha pasado un tanto desapercibido como herramienta de interpretación constitucional para muchos de los estudiosos del derecho en nuestro país.

A pesar de que actualmente el uso de precedentes extranjeros por parte de las cortes constitucionales se ha convertido en un importante instrumento para los jueces que controlan la constitucionalidad en varios países, en México el debate sobre el tema está apenas iniciando.<sup>1</sup> Esto hace necesario

---

\* Profesor de la Facultad de Derecho y doctorando de la Universidad de Pisa, Italia.

<sup>1</sup> Se comenta que el debate sobre el uso de precedentes extranjeros ha comenzado recientemente porque, aun cuando no se ha hablado mucho del tema, algunos juristas han puesto ya el dedo sobre la llaga en esta materia. Uno de ellos es Genaro David Góngora Pimentel, quien actuando como Ministro de la Corte, en el debate sobre la acción de inconstitucionalidad 26/2006 (en la que se demanda la invalidez de diversos artículos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y de la Ley Federal de Radio y Televisión) refirió lo siguiente: “Este asunto ha sido paradigmático desde el punto de vista de la transparencia por la apertura que hemos demostrado, pero también tiene que serlo en nuestra forma de trabajo. *No es posible que sigamos creyendo que para resolver sólo se necesita la Constitución y la ley, siendo innecesario todo conocimiento jurídico adicional o los conocimientos científicos y técnicos.*”

que el tema se ponga sobre la mesa, pues es indudable que para muchos jueces constitucionales esta práctica se ha convertido en un instrumento importante al momento de dictar sus resoluciones.

Con el pasar de los años, las cortes constitucionales han comenzado a utilizar diversos instrumentos argumentativos para dar fuerza a sus sentencias. Entre éstos, las referencias a precedentes extranjeros han servido, si no para constituir la *ratio decidendi* de los asuntos que deben decidir los jueces constitucionales, sí como *argumentum quoad auctoritatem* para justificar el sentido de sus resoluciones. Debe quedar claro, sin embargo, que las referencias a sentencias extranjeras en nuestro sistema no es una práctica obligada sino que constituye una operación de comparación “voluntaria”, como la ha definido Ulrich Drobnig para distinguirla de la aplicación “necesaria” del derecho extranjero que debe ser usado por los jueces, por ejemplo, en algunos casos de derecho internacional privado. Pero si se voltea la mirada a la influencia que ha tenido el fenómeno de los llamados “trasplantes jurídicos” o a la circulación de los modelos de justicia constitucional, es fácil notar que muchos de los razonamientos empleados por diversas cortes constitucionales alrededor del mundo han sido discutidos durante las sesiones de diversos órganos jurisdiccionales y han influenciado las decisiones tomadas en otros países. Esto, sin duda alguna, da un nuevo rostro al papel de la comparación jurídica y fortalece una nueva tendencia que, haciendo mención a la expresión de L’Heyreux-Dube, uno de los integrantes de la Suprema Corte Canadiense, puede ser descrita como el paso de la simple “recepción” de decisiones, al “diálogo” entre las cortes.

---

En el presente caso ya dimos un paso decisivo a favor de los conocimientos técnicos; es necesario aprovechar la coyuntura para dar el mismo paso a favor del conocimiento jurídico, en específico del que nos revela la jurisprudencia internacional. No es posible que el día de hoy la jurisprudencia, tanto de cortes internacionales o regionales, como de otros países del mundo libre, nos siga siendo ajena o aparezca apenas como un pequeño atolón en nuestras resoluciones. Además de que algunas jurisdicciones han sido aceptadas por el Estado mexicano, y en ese sentido nos obliga, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Debemos tomar en cuenta que la esencia de los derechos fundamentales es universal; tenemos que integrarnos al coloquio jurisprudencial internacional y hacer de la comparación un método de interpretación constitucional.

“Lo que se ha avanzado en otros países es parte de un patrimonio de la humanidad que debemos aprovechar.

“En esta tesitura les pido que trabajemos en un acuerdo general, donde fijemos las reglas para la cita de la jurisprudencia internacional, definiendo aspectos como las fuentes de utilización, datos de identificación y traducción, entre otros.” (Cursivas nuestras).

Si bien es cierto que en el pasado las referencias a sentencias extranjeras tenían fines muy definidos y restringidos como asegurar la uniformidad de la jurisprudencia en los sistemas de *common law* o fortalecer las afirmaciones vertidas por los jueces en situaciones particularmente controvertidas, debe decirse también que esta práctica es más frecuente actualmente, pues son varias las sentencias en que algunas cortes constitucionales emplean argumentos usados con antelación en otros países. Hoy en día el creciente interés por la circulación de contenidos en las resoluciones de las cortes, así como el nacimiento de un conjunto de principios y valores constitucionales compartidos por diversos países representa una oportunidad para dar fuerza a la llamada *constitutional cross-fertilization* e ir fijando una escala de valores que no sólo sean reconocidos en las constituciones y cartas de derechos, sino que también sean interpretados dándoles el valor que realmente deben tener, reconocido por los países democráticos. Algunos ejemplos al respecto pueden ser de utilidad para confirmar esta afirmación.

Un caso paradigmático en este sentido lo ofrece el debate que sobre el tema ha tomado fuerza en los últimos años en los Estados Unidos de América. Los jueces de la Suprema Corte de Justicia en este país han tenido oportunidad de pronunciarse a favor y en contra de esta práctica no sólo en las discusiones que sobre las resoluciones de casos emblemáticos han llevado a cabo entre ellos, sino también, por ejemplo, en foros académicos como la American University, en donde los jueces Scalia y Breyer debatieron de manera importante con argumentos en contra y a favor del uso de precedentes extranjeros como herramienta argumentativa y de interpretación constitucional.

A nadie escapa que diversos países toman como referente la legislación de los Estados Unidos y la interpretación que la Suprema Corte de Justicia da a sus leyes. Por esta razón, el citar precedentes extranjeros en los Estados Unidos no era una práctica a la que se recurría comúnmente. Esta situación, sin embargo, ha cambiado en los últimos años con la consolidación de muchas naciones como sistemas democráticos y con la universalización de los derechos fundamentales.

Uno de los ejemplos más significativos en este sentido es el caso *Lawrence vs. Texas*.<sup>2</sup> En este caso la policía arrestó a dos hombres por consumir actos sexuales entre ellos (consentidos y dentro de su domicilio) alegando violaciones de las disposiciones legales de Texas, que prohibían el sexo oral y anal entre personas del mismo sexo. El caso fue muy relevante desde el

---

<sup>2</sup> *Lawrence*, 539 U. S. (2003).

punto de vista constitucional debido a que la Corte 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 este no era el único argumento que la Corte debía tratar, ya que también debía decidir si la aplicación de la ley texana suponía una violación al principio de igualdad, pues sólo contemplaba sanción a los adultos del mismo sexo que realizaban estos actos, mientras que no sucedía lo mismo con las parejas heterosexuales.

El caso llegó a la Suprema Corte debido a que la Corte de apelaciones aplicó el criterio establecido en el caso *Bowers vs. Hardwick*.<sup>3</sup> En este caso del año 1986, la Suprema Corte Norteamericana declaró la legitimidad constitucional de una ley similar del estado de Georgia, que era diferente a la ley texana pues preveía la punibilidad de conductas como la que era objeto del caso *Lawrence* pero realizadas por parte de personas de distinto sexo.

La Suprema Corte decidió la cuestión concentrando sus argumentos en la cláusula del debido proceso legal más que en el principio de igualdad, reconociendo el derecho de las personas homosexuales al respeto de su vida privada sin interferencias indebidas por parte del Estado. Este razonamiento dio pie para declarar la inconstitucionalidad de la ley texana; sin embargo, no es tanto el resultado del fallo, sino la argumentación a través de la cual la Suprema Corte cambia la jurisprudencia del caso *Bowers* en la que se debe hacer un alto en este momento. En el caso *Lawrence vs. Texas*, la Suprema Corte se propuso demostrar que el precedente caso *Bowers* estaba fundado en una imprecisa reconstrucción de las raíces históricas y culturales de las *sodomy laws* en los Estados Unidos y en la cultura occidental. En sus razonamientos, la Suprema Corte señala que este tipo de leyes aparecieron en la legislación de los cincuenta estados a partir de los años sesenta y que, ya en esa época, contrastaban con los principios expresados en Europa, en particular con las conclusiones manifestadas por el Parlamento Inglés en 1963 que condenaban las limitaciones a la libertad personal. Además –y esto es lo importante para el tema que se trata– al pronunciarse sobre el *overruling* del caso *Bowers*, la Suprema Corte de los Estados Unidos argumentó que este precedente contrastaba notablemente con los principios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresados en un caso similar: *Dudgeon vs. UK*.<sup>4</sup> La Corte entonces defiende la libertad personal de los

---

<sup>3</sup> *Bowers vs. Hardwick*, 476 U.S. (1986).

<sup>4</sup> Véase SPERTI, Angioletta, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, disponible en: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/comparazione/index.html>.

recurrentes fortaleciendo sus argumentos con las razones expresadas en un caso resuelto por un Tribunal Europeo. Existieron opiniones en contra de esta práctica, en particular del juez Scalia, quien se opuso rotundamente a encontrar argumentos que pudieran utilizarse como *ratio decidendi* en experiencias extrañas a la estadounidense. Sin embargo la decisión de la Corte finalmente se inclinó hacia la defensa de la libertad y la igualdad, como parte de ese cúmulo de valores universales que se ha ido construyendo en los últimos años a partir de la aprobación de diversas cartas internacionales de derechos.

El uso de precedentes extranjeros ha sido también una práctica empleada en la Suprema Corte Canadiense, en la que las citas a derecho comparado y sentencias extranjeras son cada día más frecuentes. Un ejemplo emblemático en este sentido es sin duda el caso *Regina vs. Keegstra*<sup>5</sup> en el que la Corte afronta el tema de la legitimidad constitucional de los límites impuestos por la ley penal a la libertad de expresión con contenidos racistas (*hate speech*). A fin de evaluar la legitimidad de las disposiciones del código penal la Suprema Corte considera conveniente referirse a las experiencias de otros países y, por tanto, en una vasta y articulada digresión, reconstruye los principios expresados por la Suprema Corte de los Estados Unidos sobre la libertad de expresión y sus límites. La Corte Canadiense concluye que los principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana pueden extenderse a la experiencia canadiense no sólo por las importantes reflexiones que contiene en materia de igualdad y de multiculturalismo que caracterizan la tradición constitucional del país, sino también por su peculiar concepción de los caracteres distintivos de una sociedad libre y democrática.<sup>6</sup>

Sudáfrica es otro país en el que el recurso a la comparación jurídica es muy importante. Las decisiones de la Suprema Corte Sudafricana constituyen un buen ejemplo de la forma en que el uso de los precedentes extranjeros encuentra parte importante de su justificación en la existencia y reconocimiento de un patrimonio constitucional común a las principales naciones en el plano de la tutela de los derechos fundamentales. La referencia a un conjunto de valores y principios constitucionales compartidos por las naciones democráticas es evidente y particular en el caso *S. vs. Lawrence* (S.A. 1776, del año 1997) y el voto particular del juez Sachs. Este caso tiene como objeto la legitimidad constitucional de la *Liquor Act* de 1989, una ley con la que se vetaba la venta de alcohol en ciertas horas del día, los

---

<sup>5</sup> *Regina vs. Keegstra*, 3 S.C.R. 698 (1990).

<sup>6</sup> SPERTI, Angioletta, *Il dialogo tra...*, op. cit.

domingos y algunos días festivos. En este caso, la Suprema Corte hace referencia a la jurisprudencia de los Estados Unidos relativa a la laicidad del Estado aun cuando este principio no estaba contemplado en la Constitución Sudafricana. El juez Sachs para justificar el uso de la comparación jurídica escribió: “Utilizo declaraciones de ciertos jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos [...] no porque trato estas decisiones como precedentes aplicables en nuestras Cortes, sino porque sus *dicta*, articulan de manera útil y elegante problemas a los que se enfrenta cualquier corte moderna”.<sup>7</sup>

Por otra parte, en España el recurso a las citas de precedentes extranjeros es una práctica que no es extraña al Tribunal Constitucional. Si se toma como muestra el primer año de funcionamiento de este órgano jurisdiccional<sup>8</sup> es posible notar que el Tribunal Constitucional buscó dar fuerza a sus incipientes argumentos refiriendo las decisiones de otras cortes constitucionales. De un total de 42 sentencias, el Tribunal Constitucional hace referencia a precedentes extranjeros en 7 de sus sentencias, en ocasiones más de una vez. En cuatro de éstas, se refiere en general a experiencias jurisprudenciales de otros países (sentencias 3/1981, 5/1981, 6/1981 y 27/1981); en dos de ellas a sentencias del Tribunal Federal Alemán (sentencias 4/1981 y 5/1981); en tres a decisiones de la Corte Constitucional Italiana (sentencias 4/1981, 5/1981 y 31/1981) y en dos sentencias más a órganos de control constitucional franceses (sentencias 5/1981 y 26/1981). En el año siguiente, la tendencia a citar precedentes extranjeros disminuyó pero no desapareció, pues de un total de 86 sentencias, en 6 de ellas se hace mención a precedentes extranjeros.<sup>9</sup>

La Corte Constitucional Italiana, aunque se ha mantenido un poco lejos del uso de este tipo de precedentes para fortalecer o justificar sus decisiones, no ha sido ajena a esta práctica. Para demostrarlo, basta citar la sentencia 161/1985 en la que para señalar que la exigencia fundamental por satisfacer de los transexuales es hacer coincidir el “*soma*” con la “*psique*”, la Corte refiere la sentencia 11/1978 del *Bundesverfassungsgericht*. El uso de precedentes extranjeros por parte de la Corte Italiana es poco de manera explícita; sin embargo, debe decirse que existe también el diálogo implícito en el que

---

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Se considera el primer año de trabajos del Tribunal Constitucional para demostrar que, en algunos casos, cuando los jueces o magistrados constitucionales no han construido su propia jurisprudencia, toman prestados los argumentos vertidos por Cortes extranjeras para justificar decisiones difíciles, muy politizadas o particularmente controvertidas.

<sup>9</sup> Estas sentencias son: 6/1982, 24/1982, 29/1982, 30/1982, 36/1982 y 68/1982.

posiblemente los jueces constitucionales italianos participan de manera más activa y que se ha referido con el término *crypto-reception*.

Este diálogo, aun cuando no se ve reflejado en las sentencias de las Cortes constitucionales, sí influye de manera importante en ellas, como lo hizo ver Katalin Kelemen durante su intervención en un seminario italiano en el que se refirió al caso de la Corte Húngara. Kelemen señala que un ejemplo importante de recepción oculta es el recurso al derecho viviente por parte de la Corte Constitucional de Hungría, expresado por primera vez en el caso *Jánosi* en 1991. En este caso se establece que la Corte debe examinar no el texto de la norma en sí, sino su contenido en la forma en que es interpretado y aplicado, es decir, el derecho viviente. Si bien es cierto que el órgano jurisdiccional húngaro en la primera sentencia que expresa este concepto no se refiere a la Corte Constitucional Italiana, el Presidente de la Corte en turno, László Sólyom, escribe en un ensayo que esta figura es completamente italiana.<sup>10</sup>

Pero éste no es el único caso que nos hace ver Katalin Kelemen, pues según lo señala, la interpretación húngara del derecho a la dignidad humana ha sido importada prácticamente de la jurisprudencia constitucional alemana. Esta autora refiere que la sentencia número 8 del 23 de abril de 1990 inauguró una larga serie de casos sobre la persona humana y, a pesar de que la Corte húngara no hiciera referencia al *Bundesverfassungsgericht* alemán, sino a las “constituciones modernas y su jurisprudencia”, los aspectos del derecho a la dignidad humana citados en la sentencia son traducciones literales de los derechos elaborados por la Corte alemana. Por ejemplo, la Corte Constitucional húngara toma este derecho del “derecho general de la personalidad” (*általános személyiségi jog*, en alemán *allgemeines Persönlichkeitsrecht*), considerando a este último un derecho madre.

Todos estos ejemplos (a los que pueden sumarse muchos otros) dejan claro que el uso de precedentes extranjeros ha sido tomado por muchas cortes constitucionales como una herramienta útil para interpretar los textos constitucionales y la ley nacional e internacional. Por tanto, puede decirse, con Häberle, que el Estado constitucional se encuentra en vías de ser “pensado en todo el mundo” como tipo y en cuanto a sus elementos, sobre todo en el ámbito de los derechos fundamentales. De esta manera, la comparación de

---

<sup>10</sup> El nombre del ensayo, citado por Kelemen, es *Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon*. En este artículo, Sólyom cita un artículo de Enzo Cheli y Filippo Donati escrito en inglés: *Methods and Criteria of Judgment on the Question of Rights to Freedom in Italy*.



derechos fundamentales (por ejemplo, europeo comunes) es para el intérprete constitucional un “medio de transporte” de su propia interpretación, la cual puede integrar a la comparación otros medios, como la interpretación histórica, la gramatical y la sistemática, o incluso la teleológica, según se presente el problema.<sup>11</sup>

Sin embargo, como lo señala el propio Häberle:

[...] es necesaria “una “relativización” o mejor, una precisión: en el marco de una teoría constitucional practicada como ciencia jurídica de los textos y la cultura, siempre hay que tomar en cuenta también los contextos culturales. La individualidad culturalmente captada de un Estado constitucional no debe ser anulada interpretativamente por el “medio” o el “vehículo” de la comparación constitucional o de los derechos fundamentales, pues entonces la pluralidad corre el riesgo de verse reducida a uniformidad. Las similitudes textuales externas no deben ocultar las diferencias que proceden del contexto cultural de la Constitución en cuestión. Los contenidos (de derechos fundamentales) que se reciben por la vía de la comparación jurídica deben ser repensados en el contexto “propio” del Estado constitucional receptor.

Esto explica por qué el prestigio de cada una de las cortes es un hecho cultural que encuentra su razón de ser en vínculos tradicionales entre los diversos países. Sólo así puede explicarse la influencia de las resoluciones del Tribunal Federal Alemán en Europa del Este o, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional de Polonia mire hacia la jurisprudencia constitucional lituana, a la que no se recurre frecuentemente en otros países. Por tanto, como lo señala Zagrebelsky, el presupuesto para el diálogo entre las cortes no es necesariamente el regreso a la idea del derecho natural ni la ilusión del progreso, sino que también puede ser la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, también de los errores y aciertos de los demás. Basta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades polí-

---

<sup>11</sup> HÄBERLE, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, Vol. I pp. 683-685.



ticas contingentes.<sup>12</sup> En suma, el uso de precedentes extranjeros si se lleva a cabo dentro de los límites objetivos que marcan la realidad cultural y el momento histórico de cada nación, puede ser una herramienta cargada de futuro para la interpretación jurisdiccional de la constitución.

---

<sup>12</sup> Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50<sup>a</sup> aniversario de la Corte Constitucional italiana. La traducción al español de este discurso, a cargo de Miguel Carbonell, puede encontrarse en el número 117 del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.