

***DERECHO COMPARADO Y ACTIVIDAD  
JURISDICCIONAL: LOS FACTORES  
QUE FAVORECEN EL DIÁLOGO  
JUDICIAL TRANSNACIONAL***

*Rodrigo Brito Melgarejo\**

---

\* Licenciado en Derecho por la UNAM y Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa.

## RESUMEN

Surge la exigencia de una interacción en las diversas civilizaciones y culturas, donde en el jurídico se presentan diferentes intereses provocando una dicotomía en el contexto actual, dependiendo de cada país o Estado al que pertenezcan. Un factor que favorece el diálogo es el Derecho comparado, llámese comparación jurídica.

Es necesaria una globalización judicial que se de conocer en los tribunales donde los diversos razonamientos nos llevan a dar una mejor solución a cada caso determinado. Los tribunales constitucionales alcanzan niveles de profesionalismo más homogéneos usando el método comparativo.

\*\*\*

La migración de las ideas constitucionales y la expansión del control de constitucionalidad pueden considerarse como dos de los factores mas importantes que propician el dialogo transjudicial. Además, existen otros factores que contribuyen al uso del método comparativo en la interpretación jurisdiccional de la constitución, tales como la creación de organizaciones e instituciones internacionales que analizan distintos materiales de Derecho comparado.

Vivimos en un mundo en que los procesos de integración a nivel internacional inciden indudablemente en nuestras vidas. A diario estamos inmersos en un cúmulo de transformaciones que afectan casi cualquier aspecto de lo que hacemos y, para bien o para mal, nos movemos siempre con mayor fuerza hacia un orden global que nadie comprende del todo, pero que hace que todos sintamos sus efectos<sup>1</sup>. Y es que los Estados, como formas de organización de la vida social, se han visto sometidos a una serie de factores que están cambiando y redefiniendo su capacidad y competencia de manera que, sus asuntos políticos internos, están cada vez más condicionados por lo que sucede en los sistemas políticos de otros Estados. Lo mismo sucede con los sistemas culturales, económicos y sociales de cada nación. La economía mundial, por ejemplo, ha casi anulado la posibilidad de políticas económicas autónomas de los gobiernos estatales<sup>2</sup>. En definitiva, la emergencia de problemas que en su evolución y, sobre todo, en su solución posible tienen una dimensión y una naturaleza que supera los confines estatales, impone a los actores que participan en este nuevo escenario buscar respuestas inspiradas en criterios e intereses que pueden encontrarse más allá de las fronteras nacionales. Surge entonces la exigencia general de un intercambio de ideas entre las diversas civilizaciones y culturas del planeta, en el marco de los procesos de integración global que tienen lugar hoy en día. Estos procesos, cuyo motor es principalmente tecnológico y económico, implican también fenómenos relevantes de interacción en otros ámbitos<sup>3</sup>. Uno de ellos es, sin duda, el jurídico, pues los juristas no han sido inmunes a los cambios que se han presentado con los procesos de integración a nivel

---

<sup>1</sup> GIDDENS, A. *“Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas.”* México, Taurus, 2000. p. 19.

<sup>2</sup> ATTINA, F. *“El sistema político global. Introducción a las relaciones internacionales.”* Barcelona, Paidós, 2001. p. 158.

<sup>3</sup> ZOLO, D. *“Tradizione e modernità nella cultura mediterranea”*. En: *Ars Interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica*. Vol.8., 2003. El profesor Pizzorusso ha señalado también sobre este punto que: *«L'avvento del fenomeno della “globalizzazione”, manifestatosi soprattutto come fenomeno economico, ma progressivamente diffusosi anche in altre sfere dell'attività umana, ha avviato un processo di graduale trasformazione capace, a lungo andare, di modificare l'assetto derivante dalle decisioni prese al tempo dei trattati di Vestfalia»*. PIZZORUSSO, A. *“La produzione normativa in tempi di globalizzazione.”* Turín, Giappichelli, 2008. p. 14.

global<sup>4</sup>. Estos cambios tienden a provocar una convergencia en los distintos sistemas jurídicos y, de esta forma, a pesar de que las particularidades de cada Estado condicionan sus propias leyes, se ha dado un acercamiento importante en la forma en que se concibe al derecho en diversos países. Este hecho, que se ha acentuado en las últimas décadas, ha sido producto de una serie de fenómenos<sup>5</sup> que favorecen la circulación de principios comunes (al menos en los ordenamientos liberal-democráticos) y, al mismo tiempo, dotan a estos principios de una fuerza expansiva, que les permite convertirse en referentes en otros sistemas. De esta forma, figuras como la representación popular, la legalidad, la igualdad, el federalismo, la autonomía, la tutela de las minorías o la subsidiariedad, son recogidas en diversos ordenamientos<sup>6</sup>.

La situación descrita ha provocado una dicotomía caracterizada por planteamientos que parecieran contraponerse, pero que dado el contexto actual, conviven dotando de algo de complejidad a los sistemas jurídicos. Por un lado, existen elementos ideológicos, religiosos, históricos, económicos, climáticos, geográficos, sociológicos y culturales que determinan una cierta identidad nacional sobre la que se construyen normas e instituciones que regulan la vida de los individuos; pero por otra parte, los seres humanos, debido a las convergencias que se presentan en el mundo jurídico, van acogiendo cada vez con mayor fuerza una concepción universal de la idea de justicia y, en consecuencia, consideran difícil justificar la existencia de respuestas diversas a problemas idénticos<sup>7</sup>. La dicotomía de la que se habla ha provocado un aumento en el interés por el derecho comparado, pues éste se orienta cada vez más hacia la comprensión y gestión de la diver-

---

<sup>4</sup> Aunque, como señalan Markesinis y Fedke, «*essi, essendo (sempre) meno fantasiosi degli artisti e meno coraggiosi degli uomini d'affari, si sono limitati a reagire a questo fenomeno, piuttosto che contribuire a plasmarlo*». MARKESINIS, B., FEDTKE, J. "Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato." Bolonia, Il Mulino, 2009. p. 21.

<sup>5</sup> Uno de ellos, por ejemplo, son los trasplantes legales, que han sido definidos por Alan Watson como «*the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another*». WATSON, A. "Legal Transplants. An Approach to Comparative Law." II. Ed., Londres, Atenas, The University of Georgia Press, 1993. p. 21. <sup>6</sup> PEGORARO, L. y DAMIANI, P. "Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali." En: Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. 1999. p. 413.

<sup>7</sup> CANIVET, G. "La pratica del diritto comparato nelle corti supreme." En: MARKESINIS, B., FEDTKE, J., Giudici, op. cit., p. 214 s.

sidad, para encontrar respuestas comunes a los problemas que las sociedades comparten<sup>8</sup>.

Ahora bien, debe decirse que los cambios en la actualidad son tan rápidos que el legislador está materialmente imposibilitado para adecuar el sistema normativo a las circunstancias diarias, por lo que la aplicación del derecho es fundamental en la adaptación del marco jurídico. En esta tarea, la intervención de los jueces es muy importante, pues son ellos los que interpretan las disposiciones jurídicas y las dotan de significados que se reflejan en casos concretos y trascienden el texto legal. La labor de los jueces implica entonces la recreación del derecho en el hecho<sup>9</sup> y, en consecuencia, es un vehículo cardinal en la evolución del sistema normativo, ya que a través de la interpretación que hacen los órganos jurisdiccionales se logra la afirmación del ordenamiento jurídico a través de la resolución de situaciones particulares<sup>10</sup>. Desde este punto de vista, el derecho comparado tiene gran relevancia, pues en los últimos años se ha considerado que puede ser una herramienta muy útil en los procesos interpretativos. Peter Häberle incluso ha señalado a la comparación jurídica como quinto método de

---

<sup>8</sup> Piénsese, por ejemplo, en el interés que actualmente producen los temas relacionados con el aborto, la eutanasia, la tutela de los derechos fundamentales en el contexto de la lucha contra el terrorismo, la inmigración, etc. SPERTI, A. “*Le difficoltà connesse al ricorso alla comparazione a fini interpretativi nella giurisprudenza costituzionale nel contesto dell’attuale dibattito sull’interpretazione*”, en: *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. vol. II. 2008.

<sup>9</sup> SATTÀ, S. “Giurisdizione (nozioni generali)”. En: *Enciclopedia del diritto*. t. XIX, 1962. p. 218 ss.

<sup>10</sup> Obviamente, la importancia del papel del juez en la evolución del sistema normativo variará de acuerdo con la importancia que se dé a la jurisprudencia como fuente del derecho. Originalmente, en los sistemas de common law la jurisprudencia tenía una función primaria en la creación del derecho, mientras que en los sistemas de civil law era considerada sólo como una fuente accesoria. Sin embargo, en los últimos años, como lo señala Alessandro Pizzorusso «*l'imponente sviluppo degli studi comparatistici [ha] consentito di mettere in luce come la contrapposizione fra sistemi di "common law", che in una certa fase storica era sembrata dotata di una importante forza discriminante, sia in realtà molto meno profonda di quanto fosse apparso alla luce dell'impostazione giuspositivistica, quando si era cercato di svalutare quanto più possibile il ruolo dell'interprete a vantaggio di quello del legislatore. Sulla base delle esperienze compiute nell'ambito della giustizia costituzionale e con riferimento a sistemi delle fonti caratterizzati da una pluralità di gradi (a partire, cioè, dalle intuizioni di Hans Kelsen e della sua scuola), si è venuto tuttavia chiarendo come, anche nei sistemi di civil law, la "giurisprudenza", sia giudiziaria, sia dottrinale, sia "transnazionale", possa assumere un ruolo qualitativamente non molto dissimile da quello che ha nei sistemi di common law anche se i suoi effetti operano più sul piano culturale che su quello delle procedure guidate dalla politica*». PIZZORUSSO, A. “*La produzione*.” Op. Cit., p. 19. Véase también ZACCARIA, G. “*La giurisprudenza come fonte del diritto. Un’evoluzione storica e teorica*.” Nápoles, Editoriale scientifica, 2007. p. 21 ss.

la interpretación (al lado de los cuatro métodos tradicionales señalados por Savigny: gramatical, histórico, sistemático y teleológico<sup>11</sup>). Pero además, la comparación jurídica es también fundamental en la actividad jurisdiccional debido a las múltiples formas que toma la llamada «globalización judicial»<sup>12</sup>, que se ha extendido como una manera de dar respuesta a problemas comunes y que está creciendo a través de distintos canales de comunicación que los jueces utilizan para mantenerse en contacto. Y es que actualmente los avances tecnológicos, que acortan significativamente las distancias, así como el progreso en las comunicaciones, han hecho que sean cada vez más los tribunales que interactúan entre sí, no sólo tomando como referencia los casos resueltos en otros países para aplicarlos o adaptarlos a sus propias jurisdicciones, sino también ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un proceso que está cambiando de la simple recepción al diálogo entre órganos jurisdiccionales<sup>13</sup>. Este proceso dialógico ha co-

---

<sup>11</sup> Para Häberle «la comparación cultural del derecho no sólo resulta útil en el campo de la política constitucional y jurídica, sino también en la “simple” interpretación del derecho vigente. Sólo ella es capaz de explicar por qué textos iguales han dado motivo y han requerido, en el curso del tiempo o desde el principio, una interpretación distinta. El principio de igualdad apuntará, en la cultura jurídica de Suiza, a resultados muy distintos de los que tendría, por ejemplo, en la República Federal de Alemania. De igual modo, las mismas instituciones pueden tener, en naciones distintas, tareas muy diferentes. En consecuencia, el pensamiento culturalista en la comparación jurídica puede explicar y justificar en ocasiones las diferencias, mientras que en otras puede conducir a elementos comunes». HÄBERLE, P. “*Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas.*” En: FERRER MacGregor, E. (coord.), Derecho procesal constitucional. V ed., t. IV. México: Porrúa, 2006. p. 3463. Sobre este punto puede verse también Id., “*La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional*”. En: HESSE, K., HÄBERLE, P. Estudios sobre la jurisdicción constitucional (Con especial referencia al Tribunal constitucional alemán), México: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005. p. 143 ss.

<sup>12</sup> La globalización judicial, según Slaughter, describe «*a process of judicial interaction across, above and below borders, exchanging ideas and cooperating in cases involving national as much as international law*». SLAUGHTER, A. M., “*Judicial globalization, en Virginia Journal of International Law.*” Vol. 40. 1999-2000. p. 1104.

<sup>13</sup> L’HEUREUX-DUBÉ, C. “*The importance of dialogue: Globalization and the international impact of the Rehnquist Court.*” En: Tulsa Law Journal. Vol. 34. 1998. p. 17 ss. Para L’Heureux-Dubé: «*as courts look all over the world for sources of authority, the process of international influence has changed from reception to dialogue. Judges no longer simply receive the cases of other jurisdictions and then apply them or modify them for their own jurisdiction. Rather, cross-pollination and dialogue between jurisdictions is increasingly occurring. As judgments in different countries increasingly build on each other, mutual respect and dialogue are fostered among appellate courts. Judges around the world look to each other for persuasive authority, rather than some judges being “givers” of law while others are “receivers”. Reception is turning to dialogue.*».

brado 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.

Todo lo dicho hasta ahora nos hace ver, como indica L'Heureux-Dubé<sup>14</sup>, 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 las cortes de última instancia). 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.

Con estas premisas, podemos decir que la comunicación transjudicial que se ha construido en los últimos años tiene un especial valor en la justicia constitucional, pues en este ámbito el diálogo aporta elementos que permiten la transculturalización y favorece una dialéctica entre valores y principios que relativiza las constituciones nacionales, pero que al mismo tiempo da fuerza a muchos de sus contenidos. Sin embargo, la integración de la justicia constitucional al proceso dialógico no ha sido inmediata<sup>15</sup> y esto se debe quizá a la tensión que existió entre la comparación constitucional y la tradición del derecho público del Estado nacional, con su gran número de categorías y aparatos dogmáticos formados en el ámbito impenetrable y exclusivo de la estatalidad<sup>16</sup>. El positivismo que dominó durante el siglo XIX y parte del XX, generó una serie de obstáculos a la comparación en el ámbito jurisdiccional, pues se creía que la labor del juez se limitaba a la realización de un simple silogismo jurídico<sup>17</sup>. Por lo tanto, el derecho extran-

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 16 ss.

<sup>15</sup> Incluso se ha hablado del derecho constitucional como “la última frontera” en la integración del derecho a los procesos globales. Cfr. TEITEL, R. “*Comparative constitutional law in a global age.*” En: Harvard Law Review. Vol. 117. 2004. p. 2572.

<sup>16</sup> RIDOLA, P. “*La giurisprudenza costituzionale e la comparazione.*” En: ALPA, G. (ed.), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica.* Milán, Giufre. 2006. p. 16.

<sup>17</sup> Como señala Ridola: «*Questa premessa può non sorprendere, peraltro se si considera che in Svizzera, in Francia ed in Germania la riflessione sull'uso della comparazione e del diritto*

jero sólo se aplicaba en los casos en que la *lex fori* reenviaba a un ordenamiento extranjero para la solución de una determinada controversia<sup>18</sup>. En este caso, el uso del derecho extranjero no provocaba conflictos con el ideal positivista, pues se colocaba en el ámbito de la estatalidad y era perfectamente coherente con el sistema de Westfalia. Por el contrario, cuando la comparación se transfería a los procesos de interpretación del texto constitucional, entraba en evidente contradicción con los postulados de este sistema. Y es que, como señala Paolo Ridola, el uso de la comparación como canon interpretativo:

Scardina l'uno, il «sistema di Westfalia», perché fa rifluire nell'interpretazione costituzionale la rete delle interdipendenze che condizionano in misura crescente lo stato costituzionale contemporaneo, a causa della tendenza in atto da alcuni decenni alla generalizzazione di un patrimonio costituzionale che trascende i confini degli stati, al delinearsi di un nuovo «cosmopolitismo costituzionale», non più fondato su basi giusnaturalistiche, ma sulla formazione di circuiti comunicativi fra le esperienze dello stato costituzionale cooperativo. Ma in questo modo, la comparazione costituzionale scardina altresì l'altro pilastro del giuspositivismo statualistico, quello rappresentato dall'idea di un giudice costituzionale interamente incluso nelle maglie dello stato-nazione introverso<sup>19</sup>.

Es evidente entonces que el uso de la comparación en la actividad de las cortes constitucionales implica problemas teóricos, debido a

---

*straniero da parte del giudice nella sua attività interpretativa si è sviluppata inizialmente, prima ancora che sul terreno civilistico, su quello del diritto internazionale privato. Esaminando la giurisprudenza tedesca fino agli anni Sessanta, Hans Dölle osservò che, mentre la comparazione era diventata una canone sempre più consueto e diffuso per il legislatore, che di essa si serve per trarne indicazioni e suggerimenti per il miglioramento e per la riforma del diritto nazionale, la penetrazione del metodo comparativo nella giurisprudenza aveva incontrato maggiori resistenze. Il giudice, osservava Dölle, è chiamato a giudicare secondo il diritto del proprio paese, e l'horror alieni juris è in un certo qual modo intrinseco allo schema del giudizio nella tradizione del giuspositivismo statualistico». Ibidem, p. 17.*

<sup>18</sup> En estos casos, como señala Vincenzo Vigoriti, «il giudice svolge sicuramente una qualche attività di comparatista, nel senso che gli risulterà impossibile sottrarsi agli oneri di ricerca e di verifica del diritto straniero, e poi di confronto delle informazioni reperite con il diritto [nazionale]. La quale cosa tuttavia in genere si colloca a livello di pura esegesi testuale, senza giudizi di valore o di opportunità. Con eccezioni anche significative, che occorrono specie quando, nell'applicare il diritto straniero, il giudice è anche costretto a verificarne la compatibilità con il diritto [dello Stato]». VIGORITI, V. «L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica.» *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, (7):15 2004.

<sup>19</sup> RIDOLA, P. «La giurisprudenza.» *Op. Cit.* p. 18.



que ésta se contraponen a una de las ideas dominantes en el constitucionalismo: que la constitución surge de, encarna y aspira a mantener o responder a la historia de una nación y a sus tradiciones políticas. Desde este punto de vista, la idea de hacer uso sólo de fuentes locales en la labor interpretativa puede encontrar su fundamento en dos perspectivas contrapuestas. Vista de una manera positiva, esta situación sugiere que el uso de fuentes locales en el razonamiento judicial asegura la legitimación de la actividad de control; pero desde una perspectiva negativa, esta tendencia implica que el uso de fuentes extranjeras es, *prima facie*, ilegítima, porque éstas han sido concebidas fuera del sistema legal en el que deben aplicarse<sup>20</sup>. Por estas razones, y dado que la comparación implica que quien usa el derecho comparado salga de los límites que marca un sistema jurídico que le es familiar para asumir la perspectiva de un observador externo, no puede negarse que recurrir al derecho comparado en el ámbito de la justicia constitucional trae consigo ciertos problemas, pues el que los jueces constitucionales asuman esta perspectiva de distancia, puede implicar un estado de tensión con el papel que cumplen como garantes de la idea de constitución como ley superior de un determinado Estado y de su función como guardianes del nivel más elevado de la legalidad<sup>21</sup>.

Sin embargo, las tensiones que podría provocar el uso de la comparación jurídica en la interpretación jurisdiccional de la constitución pueden superarse, o, como señala Ridola, al menos relativizarse, si se considera que las constituciones son producto de la cultura y que los textos constitucionales reenvían a los contextos histórico-culturales en los que se colocan y que, al interno de estos contextos, se depositan en el tiempo y en el espacio estratificaciones, pero también se producen procesos de recepción e interdependencia mutua. Entonces, si se parte de las ideas desarrolladas por Peter Häberle, que tienen como base la *Integrationslehre* smendiana<sup>22</sup> y toman elementos de la teoría

---

<sup>20</sup> CHOUDHRY, S. "Globalization in search of justification: Toward a theory of comparative constitutional interpretation." *En*: Indiana Law Review. Vol. 74. 1999. pp. 824-827.

<sup>21</sup> RIDOLA, P. "La giurisprudenza." *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>22</sup> Para Smend la Constitución era el ordenamiento jurídico de un proceso de integración que ella canalizaba, estimulaba y mantenía abierto, al tiempo que normativizaba los valores sobre los que existía acuerdo entre los ciudadanos. SMEND, R. "Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán." México, UNAM, 2005.

del *Vorverständnis* en la interpretación jurídica elaborada por Joseph Esser<sup>23</sup>, podemos darnos cuenta de que las constituciones no pueden ser comprendidas sólo en el marco de rígidas jerarquías normativas, sino que también deben ser interpretadas dinámicamente como *law in action*, y que tanto su vigor como el valor que se les atribuye, son inseparables de la interpretación<sup>24</sup>. Teniendo en cuenta entonces que una constitución no es solamente un texto jurídico o un conjunto de reglas normativas, sino que es también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de la autorepresentación cultural del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas<sup>25</sup>, es fácil comprender, que ningún pueblo se ha podido mantener completamente al margen del influjo de otras culturas, ideas o tradiciones y que, por tanto, existen grupos de Estados que comparten, en mayor o menor medida, ciertos valores recogidos en sus textos constitucionales. Esto hace que, en los Estados en que existe una cierta base axiológica común (reflejada en su organización jurídica, política y social), la idea de mirar lo que sucede fuera de los límites territoriales que marca la estatalidad puede servir como un elemento de auxilio en la interpretación de la constitución y de las leyes, pues atender a lo que ocurre en horizontes culturales similares a los que pertenecemos puede mostrarnos la forma en que situaciones análogas encuentran soluciones en la jurisprudencia de países afines (en cierto sentido) al nuestro. Los Estados liberal-democráticos, por ejemplo, como tipo y en cuanto a sus elementos son cada vez más y, por tanto, no parece absurdo que en ciertos ámbitos (como el de los derechos fundamentales) se pueda tener en cuenta lo que está sucediendo en ellos si se busca dotar de contenidos a disposiciones que son oscuras o cuando se presentan problemas que son nuevos o que necesitan ser revalorados. Pero aun-

---

<sup>23</sup> Esser hace referencia a la necesidad de que el intérprete tenga presentes las expectativas de la colectividad para que el resultado de la función hermenéutica, que posee una insoslayable dimensión práctica, goce de un amplio consenso social. Cfr. PÉREZ Luño, A. “*Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica.*” En: *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (12):316, 1992.

<sup>24</sup> RIDOLA, P. “*La giurisprudenza.*” Op. Cit, p. 19 s.

<sup>25</sup> Esta visión culturalista construida por Häberle tomando en cuenta los trabajos de Smend, Heller, Shindler, Bäumlín y Scheuner, puede encontrarse en HÄBERLE, P. “*Métodos.*” Op. Cit., p. 3459. Sobre este tema véase también del mismo autor “*El Estado constitucional*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001, passim.

que una base ideológica común es un factor importante que muchas veces condiciona el uso de la comparación como canon interpretativo, éste no es el único, pues como señala Aharon Barak, los jueces deben considerar también «se vi sono fattori nello sviluppo storico e nelle condizioni sociali che rendono il sistema nazionale e quello straniero abbastanza diversi da rendere impraticabile l'ispirazione interpretativa. Tuttavia, quando vi è una somiglianza adeguata l'ispirazione interpretativa è possibile»<sup>26</sup>.

Para demostrar que la comparación puede ser para el intérprete un «medio de transporte» de su propia interpretación, Pëter Häberle<sup>27</sup> menciona la doctrina y metodología que, en el campo del derecho privado, se ha seguido en Suiza. Éstas se apoyan en el artículo 1<sup>o</sup>, inciso 2, del Código Civil de este país (ZGB), que a la letra señala: «Si no puede obtenerse ninguna disposición de la ley, entonces deberá resolver el juez conforme a la costumbre, y a falta de ésta, conforme a la regla que él hubiera dispuesto de haber sido el legislador. Para tal fin, seguirá la doctrina y la tradición aceptadas». Este artículo, según lo indica el propio Häberle, inspiró a parte de los doctrinarios a una conclusión importante: Puesto que el legislador federal emplea el método comparativo, el juez, quien debe proceder como legislador al llenar lagunas conforme al artículo 1<sup>o</sup>, inciso 2 ZGB, debe cultivar la comparación jurídica para la complementación de la ley. Pero el profesor de la Universidad de Bayreuth va más allá y señala que el derecho constitucional puede retomar para sí la idea contenida en esta disposición, pues:

Partiendo de los nuevos textos constitucionales y europeo comunitarios, la práctica judicial europea sobre los «principios generales del derecho» y las manifestaciones metodológicas en la doctrina, se pueden elaborar comparativamente los contenidos de los derechos fundamentales y apreciarlos como pensamiento jurídico «extranjero», pero inmanente al tipo de Estado constitucional. De este modo, en

---

<sup>26</sup> BARAK, A. “*La comparazione nel diritto pubblico.*” En: MARKESINIS, B., FEDTKE, J., Giudici, op. cit., p. 393 s. Esta situación se ve reflejada, por ejemplo, en la sentencia de la Suprema Corte de Canadá que recayó en el caso R. vs. Rahey, en la que se señala lo siguiente: «*While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of Charter guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances.*» R. v. Rahey, [1987] 1 S.C.R. 588.

<sup>27</sup> HÄBERLE, P. “*Métodos.*” Op. Cit, p. 3455.

materia de derechos fundamentales la comparación se convierte en un método de interpretación «normal», «natural»; su «universalidad» corresponde a la universalidad del Estado constitucional<sup>28</sup>.

Las ideas de Häberle ofrecen, como puede apreciarse, una forma de pensar que ayuda a superar las objeciones que se formulan en primera instancia sobre el uso de la comparación jurídica en la labor interpretativa. Y es que si se considera esta perspectiva, la comparación puede ser de gran utilidad en el ámbito jurisdiccional pues «essa dilata le opzioni argomentative del giudice ed amplia il raggio delle esperienze che egli prende in considerazione di fronte ad alternative di decisione»<sup>29</sup>. Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los países que comparten los mismos valores o que contemplan en sus textos constitucionales catálogos de derechos similares, estén participando en este diálogo de la misma manera, pues existen factores que hacen que un buen número de jueces constitucionales sean reticentes o simplemente no consideren a la comparación como un instrumento útil al momento de interpretar sus respectivas constituciones<sup>30</sup>. Pero de lo que no cabe duda es que hoy, más que en el pasado, existen circunstancias y elementos que hacen que las condiciones para el diálogo transjudicial sean mucho mejores. Estos factores pueden ser generales o propios del país en el que se intenta poner en práctica la comunicación transjudicial y, en muchas ocasiones, influyen considerablemente en la práctica jurisdiccional. Es necesario aclarar, sin embargo, que como indica Choudhry<sup>31</sup>, las constituciones continúan entendiéndose en buena parte bajo una perspectiva local. A pesar de ello, la expansión de la práctica del constitucionalismo moderno es una fuerza a través de la cual las teo-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 3466.

<sup>29</sup> RIDOLA, P. “*La giurisprudenza*.” Op. Cit, p. 21. Al respecto, Aharon Barak menciona también que: «*Infatti, l'importanza del diritto comparato sta nell'estendere gli orizzonti del giudice. Il diritto comparato mostra ai giudici il potenziale latente nel loro sistema giuridico, informa i giudici dei successi e dei fallimenti che possono derivare dall'adottare una specifica soluzione giuridica, rende i giudici edotti sulla relazione tra la soluzione del problema giuridico che affrontano e altri problemi giuridici*». BARAK, A. “*La comparazione*.” Op. Cit. p. 390.

<sup>30</sup> De hecho, es obvio, como señala Canivet, «*che maggiore è la libertà del giudice nell'interpretare la legge –parliamo qui di discrezionalità del giudice- più importante può diventare il ricorso a elementi esterni al diritto nazionale. Al contrario, quando il ragionamento del giudice è limitato, puramente deduttivo e basato sull'applicazione letterale del diritto interno, vi sarà meno interesse a guardare a sistemi stranieri*». CANIVET, G. “*La pratica*.” Op. Cit. p. 419.

<sup>31</sup> CHOUDHRY, S. “*Globalization*.” Op. Cit. p. 824.

rías constitucionales y, en particular, las teorías de la interpretación constitucional, se ven condicionadas por un cambio importante de visión en el que a la perspectiva local bajo la que se considera a las constituciones, se añade un punto de vista global que permite que el campo de apreciación de los operadores jurisdiccionales se amplíe y, en consecuencia, éstos sean más propensos al uso de los materiales que el derecho comparado puede ofrecer. Esta evolución en la actitud de los jueces implica un cambio enorme respecto a la forma en que la influencia entre diversas jurisdicciones se daba en el pasado, cuando las decisiones de las potencias colonialistas como Gran Bretaña o Francia eran, en ocasiones, las únicas que podían ser consideradas como válidas en muchos ordenamientos<sup>32</sup>. Por lo tanto, es necesario referirnos a los factores que, en los últimos años, han provocado este cambio en el actuar jurisdiccional.

La migración de las ideas constitucionales y la expansión del control de constitucionalidad pueden considerarse como dos de los factores importantes que propician el diálogo transjudicial. En primer lugar, la migración de las ideas constitucionales<sup>33</sup> ha propiciado un cambio de visión en el constitucionalismo moderno. Hoy en día es un hecho que muchos países comparten valores liberal-democráticos y, por ende, gran parte de las instituciones y concepciones que éstos generan. Ideas cardinales como la protección de los derechos fundamentales, la división de poderes, el pluralismo, etc., son tomadas por muchos Estados y este fenómeno ha dado como resultado la creación de una concepción axiológica de los textos constitucionales en la que se marcan contenidos mínimos para que una constitución pueda ser considerada como democrática<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Claire L'Heureux-Dubé, para ilustrar este hecho, se refiere a la situación que se vivía hasta hace algunas décadas en Canadá y señala que: «*The Canadian Supreme Court was bound by the decisions of the Judicial Committee of the Privy Council in London until the abolition of appeals to that body in 1949. For the common law provinces, as for other British colonies, the principle of uniformity of the common law ensured that the solutions adopted in Britain would be those applied elsewhere. The common law was as declared by the House of Lords and the Privy Council, in Britain, and their cases were applied by colonial courts throughout the world*». L'HEUREUX-DUBÉ, C. "The importance." Op. Cit. p. 17.

<sup>33</sup> Sobre los pros y contras de la migración de las ideas constitucionales N. Walker. "The migration of constitutional ideas and the migration of the constitutional idea: the Case of the EU, EUI Working Paper LAW n. 2005/04." San Domenico, Instituto Universitario Europeo, 2005.

<sup>34</sup> En este sentido FERRAJOLI, L. "Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia." Roma, Editori Laterza, Bari, t. 1, 2007. p. 859 ss.

La migración de conceptos e instituciones fundamentales en los Estados democráticos, sin embargo, no ha tenido siempre el mismo peso, pues, aun cuando las ideas que dieron origen al Estado constitucional de derecho encuentran sus raíces en épocas remotas, muchas naciones no las preveían en sus textos constitucionales o las contemplaban sin establecer controles efectivos para garantizarlas, de manera que en la práctica su función no era otra que la de ser simple «papel mojado». Prueba de ello es lo ocurrido en muchos países latinoamericanos en donde, aun cuando desde el siglo XIX, después de los movimientos independentistas, se habían intentado construir naciones bajo el auspicio de principios democráticos (generalmente tomados de la experiencia estadounidense), en realidad la forma en que se construían las instituciones políticas conducía a resultados poco esperanzadores. Situaciones similares se vivieron en África, Asia e incluso en la misma Europa, en donde, como se sabe, durante las primeras décadas del siglo XX aún seguían dándose prácticas que eran contrarias a los principios democráticos y que vulneraban un gran número de derechos fundamentales. Este contexto hacía que aquellos tribunales (como el norteamericano) que a través de su jurisprudencia intentaban consolidar su sistema democrático y proteger los derechos fundamentales (aunque en ocasiones no lo consiguieran<sup>35</sup>) se vieran materialmente imposibilitados para tomar en cuenta lo que sucedía en otras jurisdicciones, ya que los materiales a los que se podía recurrir eran, por decir lo menos, prácticamente inexistentes.

Sin embargo, el escenario al que nos referimos cambió de manera radical después de la Segunda Guerra Mundial, pues con la democratización de las prácticas constitucionales, el nacimiento de nuevas constituciones que contemplaban e intentaban dar significado a las ideas que son pilares del Estado constitucional, así como con el establecimiento de efectivos sistemas de control de la constitucionalidad, las condiciones para la comparación jurídica fueron siendo mucho mejores.

Al extenderse la idea de que hablar de un Estado liberal-democrático significa también referirse a ciertos estándares mínimos de carácter

---

<sup>35</sup> Considérese por ejemplo la sentencia recaída en *Plessy vs. Ferguson* que «constitucionalizó» durante más de 50 años la segregación racial en los Estados Unidos.

constitucional y a la existencia de un sistema de control con el que se asegure la vigencia de la norma fundamental<sup>36</sup>, el número de tribunales constitucionales verdaderamente democráticos aumentó considerablemente en las últimas décadas. Además, si consideramos que muchos de estos órganos de control han comenzado a trabajar bajo la nueva perspectiva que aportó el constitucionalismo de la posguerra y que su jurisprudencia (producto en algunos casos de varias décadas de experiencia) se ha basado en estas ideas, es evidente que el escepticismo hacia el material que ofrece la comparación jurídica comienza a diluirse<sup>37</sup>. La matriz expansionista del control de constitucionalidad de los últimos años ha dado como resultado que la jurisprudencia de algunos tribunales constitucionales evolucione a tal grado que, como señala Mark C. Rahdert, si hoy se quisiera hacer una lista de los quince o veinte sistemas de control que ejercen un mayor influjo en el mundo, nos daríamos cuenta de que la gran mayoría no existían o estaban en sus inicios hace cincuenta años<sup>38</sup>. El resultado es entonces que estos nuevos órganos de control han aportado un inmenso caudal de información y de material que bien puede ser usado por otros tribunales constitucionales.

<sup>36</sup> De hecho, Louis Favoreu escribe al respecto que «*Le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe. siècle. On ne conçoit plus aujourd'hui de système constitutionnel qui ne fasse place à cette institution, et en Europe toutes les nouvelles Constitutions ont prévu l'existence d'une Cour constitutionnelle. Toutefois, même si la plupart des Cours constitutionnelles se situent effectivement en Europe, et même plus précisément en Europe continentale, cette nouvelle forme de justice constitutionnelle est apparue en Amérique latine et en Asie, après s'être installée également en Afrique. Donc, s'il y a un 'modèle européen' de justice constitutionnelle, comme il y a un 'modèle américain', il est bien évident que ces deux modèles sont susceptibles de recevoir application dans d'autres systèmes que ceux dans lesquels ils ont pris naissance*». FAVOREU, L. "Les Cours constitutionnelles." III. Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996. p. 3.

<sup>37</sup> Cfr. ACKERMAN, B. "The rise of world constitutionalism, *Yale Law School Occasional Papers*." n. 4. 1996. p. 2. El Chief Justice Rehnquist ha señalado también sobre este punto que: «*For nearly a century and a half, courts in the United States exercising the power of judicial review had no precedents to look to save their own, because our courts alone exercised this sort of authority [...] But now that the constitutional law is solidly grounded in so many countries, it is time that the United States courts begin looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process*». REHNQUIST, W. H. "Constitutional Courts. Comparative Remarks." En: KIRCHHOF D, P., KOMMERS, P. (eds.), *Germany and its Basic Law: Past, present and future. A German-American symposium*, Baden, Nomos Verlag, 1993. p. 412.

<sup>38</sup> RAHDERT M, C. "Comparative constitutional advocacy, *en American University Law Review*." Vol. 56. (3):563 s, 2006.

Una consecuencia de la circulación de tópicos en materia constitucional y del surgimiento de un buen número de tribunales constitucionales, es que éstos deben enfrentar problemas muy similares, lo que favorece el diálogo entre diversos órganos de control. En el ámbito de los derechos humanos, como ya se ha mencionado, diversas cortes se han pronunciado sobre temas como el aborto<sup>39</sup>, la libertad de expresión<sup>40</sup>, las prácticas religiosas y la libertad de conciencia<sup>41</sup> o la equidad de género<sup>42</sup>. Además, las jurisdicciones constitucionales se han ocupado también de cuestiones estructurales como el federalismo y la distribución del poder<sup>43</sup>. Estas materias son sólo una muestra de la manera en que, al revisar temas constitucionales, los órganos jurisdiccionales de control están tratando problemas parecidos que pueden servir como referentes en la labor interpretativa que llevan a cabo<sup>44</sup>. Las semejanzas en estos temas tienen al menos dos fuentes<sup>45</sup>: un compromiso con las normas constitucionales comunes y la necesidad de aplicarlas a

---

<sup>39</sup> Véase por ejemplo *Roe vs. Wade* o *Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, en los Estados Unidos; *R. vs. Morgentaler* y *Daigle vs. Tremblay* en Canadá, o la decisión K. 26/96 del Tribunal constitucional de Polonia recaída en un asunto relacionado con la reforma a la Ley de planificación familiar.

<sup>40</sup> Por ejemplo *Lange vs. Atkinson* en Nueva Zelanda, *Irwin Toy Ltd. Vs. Att’y Gen.* of Quebec en Canadá, o *Curtis vs. Ministry of Safety & Security & Others* en Sudáfrica.

<sup>41</sup> Pueden señalarse como ejemplos *Torcaso vs. Watkins* en los Estados Unidos, *Japan vs Yasuko Nakaya* en Japón, o *Bijoe Emmanuel & Ors. vs State of Kerala & Ors.* en la India.

<sup>42</sup> Así, el caso del empleo nocturno en Alemania (85 BVerfGE 191 (1992)); *Craig vs. Boren* en los Estados Unidos, o *President of the Republic of South Africa vs. Hugo* en Sudáfrica.

<sup>43</sup> Pueden mencionarse al respecto: *McCulloch vs. Maryland* en los Estados Unidos, S.R. *Bommai vs. Union of India*, o *Amalgamated Society of Engineers vs. Adelaide Steamship Co. Ltd.*, en Australia.

<sup>44</sup> Aharon Barak ha señalado al respecto que «in different legal systems, similar legal institutions often fulfill corresponding roles, and similar legal problems». BARAK, A. “*A judge on judging. The role of a Supreme Court in Democracy.*” *Harvard Law Review*, (116):110. 2002-2003. En este mismo sentido, Anthony Mason ha afirmado: «Legal problems, because they often reflect human problems, are not unique to any one system of law. And the appropriate answers must be molded, at least in part, by reference to experience and, in large measure, experience is common to all people». MASON, A. “*The relationship between international law and national law, and its application in national courts.*” *Commonwealth Law Bulletin*. (18):750 y ss, 1992. Asimismo, en los argumentos orales que ofreció sobre acciones afirmativas en el caso *Gratz vs. Bollinger*, Ginsburg señaló lo siguiente: «*We’re part of a world, and this problem is a global problem. Other countries operating under the same equality norm have confronted it. Our neighbor to the north, Canada, has; the European Union, South Africa, and they have all approved this kind of, they call it positive discrimination ... [T]hey have rejected what you recited as the ills that follow from this. Should we shut that from our view at all or should we consider what judges in other places have said on this subject?*».

<sup>45</sup> Cfr. RAHDERT M, C. “*Comparative.*” *Op. Cit.* p. 565.



desarrollos culturales, sociales, políticos y económicos comparables. Esto porque aun cuando muchos de los sistemas constitucionales que existen reflejan importantes diferencias relacionadas con la lengua, con su estructura o su historia, generalmente están comprometidos con los mismos principios básicos del Estado constitucional. En el ámbito de los derechos fundamentales esta situación se acentúa debido a que existen textos que pueden considerarse modélicos (como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 o la Declaración de derechos norteamericana de 1791) y que han influenciado un gran número de constituciones o han sido parte fundamental en la elaboración de declaraciones de derechos e instrumentos de carácter internacional (como los Pactos de Nueva York de 1966) que son vinculantes en muchos países y que han servido también como fuentes de inspiración en la concepción de instrumentos regionales de protección de derechos (como las convenciones europea e interamericana de derechos humanos)<sup>46</sup>. En pocas palabras, muchas veces los ciudadanos de distintos Estados encuentran garantizados similares derechos, que las instituciones deben proteger actuando de manera similar (aunque con los matices que emergen de las diferencias propias de cada nación).

Ahora bien, en ocasiones los Estados no sólo comparten los mismos principios básicos dentro de sus sistemas constitucionales, sino que también afrontan los mismos retos al aplicar esos principios a la realidad de la cultura contemporánea, pues en nuestro siglo el desarrollo económico y tecnológico, los cambios demográficos, los asuntos políticos, sociales, culturales y religiosos, así como los sucesos mundiales, a menudo rebasan las fronteras nacionales creando la misma clase de fricciones constitucionales<sup>47</sup>. Por este motivo, los desarrollos ju-

---

<sup>46</sup> Cfr. ROSENFELD, M. "Constitutional migration and the bounds of comparative analysis." *En*: New York University Annual Survey of American Law. Vol. 67. 2001. pp. 69 s.

<sup>47</sup> RAHDERT M, C. "Comparative." *Op. Cit.* p. 567. Radhert ejemplifica esta afirmación mencionando que: «for example, nations committed to principles of equality have addressed the rights of various subgroups, including ethnic and linguistic minorities, women, indigenous groups and non-citizens. Nations committed to free expression have grappled with the effects of mass media, the Internet, distribution of sexually explicit materials, disclosure of government secrets, press invasions of privacy, hate speech, and saturated media coverage of high-profile criminal trials. And nations committed to constitutional reproductive and medial privacy have defined the scope of those rights in the context of rapid advances in reproductive and medical technology». *Idem.*

risprudenciales frecuentemente toman también senderos similares.

Por otra parte, los jueces constitucionales utilizan con frecuencia los mismos procesos analíticos al tratar los casos a los que se enfrentan. Por ejemplo, conceptos como ponderación, proporcionalidad o racionalidad, se presentan hoy en día como instrumentos interpretativos que se usan en diversos países. Es verdad que en ocasiones estos principios tienen significados o aplicaciones diversas en los distintos sistemas de control que existen o que muchas veces pueden encontrarse otros que no se ven reflejados en figuras afines en otros países; sin embargo, es un hecho que hoy en día puede hablarse de la existencia de una base común en los procesos de análisis dentro de los sistemas de control.

Si a esto sumamos que los tribunales constitucionales están alcanzando niveles de profesionalismo cada más homogéneos<sup>48</sup>, el uso del método comparativo como herramienta en la interpretación constitucional se hace más simple. Además, en el campo de la justicia constitucional, los intercambios y encuentros entre jueces de distintas naciones<sup>49</sup>, así como los congresos y simposios sobre el tema organizados

---

<sup>48</sup> La doctrina académica ha evidenciado esta situación al señalar que: «*many foreign constitutional tribunals exhibit high levels of professionalism, use transparent and fair processes, maintain the impartiality and political independence of judges, engage in thorough legal reasoning, and display a strong commitment to the rule of law*». *Ibidem*, p. 568.

<sup>49</sup> Como muestra de esta afirmación, en el mes de junio del año 2009 se llevó a cabo en la sede de la Corte constitucional italiana un encuentro entre los jueces constitucionales de este órgano de control y una delegación de la Corte constitucional rusa, guiada por su Presidente Valery Zorkin. Este encuentro se dio en el marco del acuerdo de colaboración y recíproca asistencia firmado por las dos Cortes en el 2000. Comunicado de prensa de la Corte constitucional italiana del 26 de junio de 2009, disponible en [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) Por su parte, esta tendencia se demuestra también con los pronunciamientos del el Chief Justice Rehnquist, que ha conminado a los jueces de los Estados Unidos a participar en intercambios internacionales de carácter judicial pues considera que «*is important for judges and legal communities of different nations to exchange views, share information and learn to better understand one another and our legal system*». Cfr. The Republic of China Constitutional Court Grand Justices Council Report. La invitación de Rehnquist ha rendido frutos y ha ofrecido múltiples beneficios a los jueces norteamericanos dado que actualmente, como indica Rahdert: «*International law organizations and societies, private non-governmental organizations, professional bar associations, law schools, and others sponsor international judicial exchange programs designed to introduce American jurists to their foreign counterparts (and vice versa), and to increase mutual understanding and respect among jurists from different legal systems. Even the U. S. Department of State has participated in promoting international judicial exchange. As a result, the level of contact*

en el mundo académico<sup>50</sup>, favorecen también el diálogo entre los tribunales constitucionales.

Debe decirse además, que otros factores generales que contribuyen al uso del método comparativo en la interpretación jurisdiccional de la constitución son la creación de organizaciones e instituciones internacionales que ofrecen y analizan distintos materiales de derecho comparado<sup>51</sup>, el tratamiento que se da a este tema en las escuelas de derecho<sup>52</sup>, así como la creciente accesibilidad a las decisiones de los tribu-

---

*between American jurists and those of other nations has increased appreciably over the past two decades. These contacts have increased American judicial familiarity with foreign law and judges. In this case, familiarity generally breeds respect. American jurists usually come away from the experience with heightened appreciation for the talents and professionalism of their foreign counterparts, as well as greater awareness of the degree to which judges worldwide encounter similar legal issues in their work. Over the time, this familiarity translates into increased understanding, which translates into an increased willingness to learn from one another's work».* RAHDERT M, C. "Comparative." Op. Cit. p. 603 s.

<sup>50</sup> En este ámbito son muestra del hecho referido los actos del XIV Congreso Internacional de Derecho Comparado que se llevó a cabo en Atenas durante el año 1997, las ponencias presentadas en el Simposio organizado por el BIICL de Londres, la Universidad de Oxford y la *Società de Législation Comparée* en febrero de 2003, así como las participaciones presentadas en el seminario organizado en Milán por la Rivista trimestrale di diritto e procedura civile en diciembre de ese mismo año. Cfr. ALPA, G., "Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica. La giurisprudenza civile", En su: Il giudice. Op. cit., p. 37.

<sup>51</sup> La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (conocida como Comisión de Venecia), dado que cuenta entre sus miembros con jueces constitucionales, ha dedicado varios estudios al análisis de la jurisprudencia de los países europeos. Además, opera un sitio Web llamado CODICES, que se suma al Bulletin on Constitutional Case-Law, que recopila de manera regular las decisiones de las cortes constitucionales en distintos países. Slaughter, al referirse a este sitio, señala que: «*The expressed purpose of CODICES is instructive. It is "to allow judges and constitutional law specialists in the academic world to be informed quickly about the most important judgments" in constitutional law*». SLAUGHTER, A. M. A brave new judicial world, En: IGNATIEFF, M. (ed.), American Exceptionalism and Human Rights, Princeton, Princeton University Press, 2005. p. 284.

<sup>52</sup> Angioletta Sperti al referirse a este tema señala como ejemplo el caso de los Estados Unidos, en donde «*nella vasta letteratura su questi temi, assume particolare rilievo la pubblicazione di alcuni manuali di giustizia costituzionale comparata [si fa riferimento a Comparative Constitutionalism. Cases and Materials di Dorsen, Rosenfeld, Sjó e Baer, e a Comparative Constitutional Law di Jackson e Tushnet] in cui ampiamente si affronta il tema delle tecniche di interpretazione costituzionale con riferimento al ricorso alla comparazione giuridica. Ciò rappresenta un interessante elemento di novità non solo se si considera che gli studi di diritto comparato erano fino a pochi anni fa esclusi dal curriculum formativo degli studenti delle schools of law, ma soprattutto se si tiene conto di quella generale chiusura verso il ricorso a fonti straniere ai fini interpretativi che è propria di questa tradizione*». Cfr. SPERTI, A. "Le difficoltà." Op. Cit. p. 1036.

nales constitucionales<sup>53</sup> y la creación de oficinas, dentro de la organización de estas instituciones jurisdiccionales, que dan seguimiento a las decisiones de otros órganos de control<sup>54</sup>. En pocas palabras, como lo ha hecho notar Ruth Bader Ginsburg: «today, tools are readily at hand to pursue international and comparative law inquiries»<sup>55</sup>.

Pero además de los factores generales que influyen en las condiciones necesarias para que el diálogo entre los tribunales constitucionales sea factible, existen otros propios de cada Estado que contribuyen a que éste se dé en mayor o menor medida. Las naciones con sistemas de control incipiente, por ejemplo, pueden ser más propensas al diálogo debido a que el uso del derecho comparado como herramienta o método interpretativo puede dotar de legitimidad a las decisiones de sus tribunales constitucionales y constituir una fuente importante de referencias tanto en lo que concierne a los procesos decisionales como a sus consecuencias. Esto, sin embargo, no implica que en el diálogo

---

<sup>53</sup> Las Cortes constitucionales de Taiwán y de la República Checa, por ejemplo, han traducido una gran cantidad de sus sentencias al inglés y las han puesto a disposición del público a través de su página Web. Sobre este punto Rahdert señala que: «*Most foreign constitutional tribunals maintain detailed and accurate records of their proceedings, publish them in accessible formats, and sometimes even translate them into English. These materials are internationally available and in many instances electronically accessible. While some lag time still exists between decision and publication, it is growing progressively shorter, so that it is often possible to acquire detailed knowledge of foreign decisions shortly after they are rendered*». RAHDERT, M.C. «*Comparative*», cit., p. 569. Un ejemplo de la disponibilidad de las sentencias de diversas cortes es el sitio [www.globalcourts.com](http://www.globalcourts.com) Sobre la disponibilidad de instrumentos en Internet véase también: LYONETTE, L.J. «*New rights-New laws. Legal information in a changing World Wide Web*». *International Journal of Legal Information*. (32). 2004.

<sup>54</sup> La Corte constitucional italiana es uno de los órganos constitucionales de control que cuenta con un área que monitorea las decisiones de tribunales constitucionales extranjeros.

<sup>55</sup> Ginsburg además ahonda en lo referente a la accesibilidad de material extranjero en los Estados Unidos y señala que: «*The Internet affords access to foreign judicial decisions, law journals contain all manner of commentary, course materials are well packaged. Professor Russell A. Miller of Idaho's law faculty, for example, co-edits the Annual of German and European Law and the German Law Journal, an on-line English language journal reporting on developments in German, European, and international jurisprudence. In 1999 and 2003, leading U.S. law book publishers produced two excellent sets of Cases and Materials on Comparative Constitutional Law. These works should attract more teachers and students to the field. My colleague, Justice Stephen Breyer, speaks enthusiastically of his hopes for the wired world. Audio and visual technology in new classrooms, he notes, already permit U.S., Canadian, European, or Indian professors to "team teach" classes held simultaneously in different nations. Technological developments, he predicts, will inevitably open vistas in courtrooms as well as classrooms*». GINSBURG R, B. «*Looking beyond our borders: The value of a comparative perspective in constitutional adjudication*.» *Idaho Law Review*, (40):3 2003.

participen sólo aquellos países que buscan tomar prestados conceptos o argumentos que han sido construidos por los tribunales de las democracias consolidadas, pues en muchas ocasiones también toman parte en él aquellos Estados que cuentan con una tradición jurídica fuerte y un sistema jurídico lo suficientemente consolidado como para resolver los casos que se les presentan, pero que, a pesar de ello, intentan saber en qué forma han sido resueltos casos similares fuera de sus fronteras. Es evidente entonces que la apertura al diálogo transjudicial dependerá de muchos factores de carácter interno que son particulares de cada Estado (v. g. preparación de los jueces constitucionales, apertura normativa al derecho comparado, procedimientos de control, factores históricos, etc.) y que determinarán su propensión a la deliberación comparativa. Lo que es importante subrayar es que en la mayor o menor apertura de los órganos jurisdiccionales de control al uso del derecho comparado no solamente influyen factores externos de carácter general, sino también aspectos particulares que determinarán la factibilidad y los costos que eventualmente puede implicar para los jueces constitucionales el uso del método comparativo como canon de interpretación.

Éstos son algunos de los factores que actualmente contribuyen a la construcción de un diálogo judicial transnacional que día con día cobra mayor fuerza y que puede aportar elementos importantes a la interpretación de la constitución. Es verdad que el derecho comparado no puede ofrecer todas las soluciones necesarias para la defensa del orden constitucional y que incluso son muchos los peligros que se corren si el método comparativo es mal aplicado por los jueces cuando interpretan el texto constitucional; sin embargo, tomar en cuenta las experiencias extranjeras nos puede llevar a comprender mejor nuestras propias disposiciones y a tomar mejores decisiones. Y es que el uso de la jurisprudencia extranjera no presupone, como muchos piensan, la existencia de un derecho supraconstitucional, ni una «dictadura universal de los derechos», sino que es un instrumento para comprender mejor nuestro texto constitucional. Esta práctica sirve entonces, usando la metáfora que refiere Zagrebelsky, de la misma manera que es útil recurrir, para resolver un problema difícil, a un amigo con

experiencia, que «nos hace pensar mejor, desvela energías potenciales latentes, extiende la perspectiva y enriquece las argumentaciones, poniendo bajo la luz puntos de vista quizá de otro modo ignorados»<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, G. “*Relazione sui cinquanta anni di attività della Corte costituzionale.*” [en línea]. Roma, Palazzo del Quirinale, 21 de abril de 2006, disponible en: [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Existe una traducción al español de este texto a cargo de Miguel Carbonell, publicada en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, año XXXIX, (117):1135-1151, 2006.