

LA CONVERSACIÓN CONSTITUCIONAL O EL USO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Saúl LÓPEZ NORIEGA*

En los últimos años, el uso del derecho constitucional comparado —en adelante DCC— en la interpretación jurisdiccional ha generado uno de los debates más fructíferos en la arena constitucional;¹ participando de manera directa y activa, no sólo estudiosos del derecho y de la ciencia política, sino también jueces constitucionales de diversos y disímiles países del mundo.

No es para menos: en el fondo, el tema apunta a preguntas medulares: ¿cuál debe ser el método de interpretación de los jueces constitucionales?, ¿a partir de qué ingredientes debe nutrirse este ejercicio interpretativo?, ¿es posible aprovechar experiencias jurisdiccionales extranjeras, a pesar de las diferencias sociales, culturales y políticas?, ¿son fundados los riesgos que se arguyen en contra del derecho comparado?, ¿estamos, efectivamente, ante un proceso de globalización o cosmopolitismo de la jurisdicción constitucional?

Algunos de los elementos que han fomentado esta discusión a nivel mundial es la construcción, en buena medida gracias al derecho comparado, de una teoría constitucional fresca y novedosa por parte de la Corte Constitucional de Sudáfrica; la polémica que ha desatado el tema en los procesos de nombramiento de los *justices* en los Estados Unidos, al grado de que en las audiencias ante el Comité Judicial del Senado de aquél país de John Roberts, Samuel Alito y Sonia Sotomayor, el uso del derecho comparado fue una de las cuestiones centrales; los interesantes debates entre también los *justices* de la Corte Suprema estadounidense Stephen Breyer y Antonin Scalia, así como de este último con

* Profesor-investigador de tiempo completo del Departamento de Derecho del ITAM.

¹ Para un interesante y provocador ataque a esta idea de que el uso del derecho comparado ha cobrado vigor en los últimos años, véase: Siems, Mathias, "The End of Comparative Law", *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, pp. 133-150.

Aharon Barack, quien fuese juez de la Corte Suprema de Israel; el desarrollo de una línea doctrinal que subraya la relevancia del uso del DCC en materia de derechos fundamentales para imprimirles, efectivamente, un carácter universal. Y muchos otros elementos que han nutrido una discusión que gira alrededor de por lo menos dos puntos clave: ¿se debe utilizar el derecho comparado en un tribunal constitucional? Y en su caso, ¿cuál debe ser la forma más adecuada de aprovecharlo?

En este contexto, este trabajo lo que busca es exponer las coordenadas del debate. Los principales argumentos que se han esgrimido a favor y en contra del uso del DCC, así como una breve evaluación de la posición de nuestra Suprema Corte de Justicia respecto el uso del derecho constitucional comparado.

*

Vale comenzar comentando los argumentos que rechazan tajantemente el uso del DCC y que se pueden encapsular de la siguiente manera: el argumento democrático, el de la soberanía, el de la voluntad de los padres fundadores y, por último, el argumento de la unicidad del sistema jurídico.²

En cuanto a los dos primeros puntos, que son bastante similares, se ha señalado que considerar resoluciones de otros tribunales para declarar inconstitucionales leyes de un ordenamiento jurídico, merma precisamente el principio democrático y de soberanía de una sociedad. Esto se debe a que al usar el DCC, se permite que una determinada cosmovisión del derecho propia de otro país, defina la validez de una norma jurídica. ¿Por qué —se arguye— la interpretación de un tribunal extranjero sobre una libertad fundamental, por ejemplo, se le va imponer a un país al grado de definir la validez de una ley o de un acto de autoridad? Llevado al extremo este mecanismo puede ocasionar un imperialismo o hegemonía jurídica, donde la interpretación de ciertos tribunales domine la labor jurisdiccional del resto. De tal manera, que la soberanía de un país

² Cfr. Drobning, Ulrich y Van Erp, Sjef (comps.), *The Use of Comparative Law by Courts*, UK, Kluwer Law International, 1999; Patrick, Glenn H., "Comparative Law and Legal Practice: Removing Borders", *Tulane Law Review*, marzo de 2001, 75 Tul. L. Rev. 977; Dammann, Jens C., "The Role Of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation", *St. Thomas Law Review*, vol. 14, 2002; Markesinis, Basil y Fedtke, Jorg, "The Judge as Comparatist", *Tulane Law Review*, noviembre de 2005, 80 Tul. L. Rev. 11; Canivet, Guy, "The Practice of Comparative Law by the Supreme Courts: Brief Reflections on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience", *Tulane Law Review*, marzo de 2006, 80 Tul. L. Rev. 1377.

se resguarda sólo cuando su tribunal constitucional invalida una ley o acto de manera autónoma, sin la influencia de ninguna resolución u ordenamiento jurídico extranjero.

Esta posición, asimismo, sostiene que la guía de un tribunal constitucional deben ser sus mismos precedentes. Ahí, en ese cúmulo de decisiones, se encuentra un sinfín de elementos útiles para la creatividad interpretativa del juez constitucional. Y además se ubica el sustrato de su legitimidad democrática. Es decir, aquí este argumento sigue la siguiente lógica: si es difícil justificar en términos plenamente democráticos a las cortes constitucionales, más complicada se vuelve dicha tarea si éstas no siguen y discuten sus propios precedentes. Este es el eslabón que encadena a los órganos jurisdiccionales a un piso mínimo de certeza y, por tanto, legitima su función en una democracia. ¿Cómo justificar, por el contrario, democráticamente a los tribunales constitucionales cuando aprovechan decisiones extranjeras para definir sus propios asuntos? ¿Es posible evitar, al momento de que sentencias extranjeras se erigen en el sostén de las decisiones de una corte, amplios márgenes de discrecionalidad? A juicio de esta posición, ante un escenario de uso del DCC, la discrecionalidad se amplía y, por tanto, la legitimidad democrática de una corte constitucional se tambalea.

Éste es el motivo por el cual ciertas versiones moderadas de estas posiciones —el argumento democrático y de la soberanía— en contra del uso del DCC justifican su uso sólo en el caso de tribunales constitucionales jóvenes. Los cuales al carecer precisamente de un sedimento de precedentes lo suficientemente sólido para resolver los acertijos constitucionales que enfrentan, así como para legitimar su función, necesitan como guía decisiones de otras cortes constitucionales. Por ello, esta postura considera también que una vez que estos tribunales constitucionales logren madurar, levantar un edificio de precedentes medianamente fuerte, ya no será necesario voltear a las sentencias de otros países.

El académico estadounidense Cass Sunstein, en este sentido, se ubica dentro de esta posición moderada: el DCC se debe usar, pero sólo por aquellos tribunales constitucionales de corta edad. Su argumento, sin embargo, no sigue la conservadora idea de la soberanía. El ahora funcionario en la administración de Barack Obama sostiene, más bien, que el DCC se justifica sólo cuando el enorme esfuerzo que implica su uso en términos de estudio e investigación por parte de los jueces y los litigantes, sea menor al beneficio de obtener información jurisdiccional novedosa y creativa. Ecuación costo-beneficio que difícilmente se presenta en una corte constitucional madura. Y de ahí que en el caso de los

tribunales jóvenes, al carecer de una base de precedentes sólida, si amerite el esfuerzo que implica usar el DCC: cada decisión y argumentación de las sentencias extranjeras aporta inéditas y provechosas lecciones de aprendizaje. Dice Sunstein:

...the argument is more convincing in some nations than in others. It is most plausible in new democracies, attempting to produce constitutional doctrine without much in the way of established precedents. In European nations, with their high degree of integration, constitutional cosmopolitanism has a great deal to recommend it [...] By contrast, the argument fails to produce a persuasive defense of constitutional cosmopolitanism in the United States. Such consultation increases the burdens of decision for both judges and litigants; the question is whether the additional information is likely to improve decisions. If a court is required to ask about foreign practices, it will have far more work to do, and lawyers will face greater burdens still —arguing about the nature and relevance of conclusions in the United Kingdom and Portugal, Israel and Hungary, Poland and Brazil. Is it worthwhile to do all this work? Most of the time, the gain will not justify the effort.³

Por otro lado, se ha señalado que el uso del derecho constitucional comparado puede ser incompatible con la voluntad de los constituyentes originarios. Es decir, cuando un tribunal constitucional empieza a resolver casos a partir del DCC abre la posibilidad de omitir o desconocer las raíces de la Constitución que está interpretando. Y lo que esto implica: que la función jurisdiccional, con sus respectivas consecuencias sociales, rompa el hilo interpretativo y conceptual que tiene origen precisamente en la voluntad de los padres fundadores de la Constitución. Algunos que sostienen este argumento van más allá y ven a la voluntad de los constituyentes originarios como una influencia decisiva en la construcción de la identidad nacional, la cual se debe proteger de cualquier posible fisura propiciada por una resolución jurisdiccional extranjera.⁴

Ahora bien, esta posición en contra del uso del DCC está estrechamente relacionada con el método de interpretación constitucional cono-

³ Sunstein, Cass R., *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document doesn't Mean what it Meant Before*, Estados Unidos de América, Princeton University Press, 2009, pp. 191-2.

⁴ Choudhry, Sujit, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", *Indiana Law Journal*, 1999, 74 Ind. L. J. 819.

cido como *originalista*.⁵ El cual, en términos generales, opera de la siguiente manera: al momento de examinar o evaluar la constitucionalidad de una norma o acto jurídico, lo que sirve como rasero es únicamente el sentido y alcance de la voluntad de los constituyentes originarios. Es decir, a juicio de este esquema interpretativo la función del juez constitucional se limita a identificar la voluntad de los padres fundadores en un determinado tema y, a partir de ésta, definir la constitucionalidad del asunto en cuestión que está resolviendo. Se trata de una ruta interpretativa que claramente está en contra del activismo judicial y de relajar los márgenes de la discrecionalidad. Y de ahí, que los *originalistas* consideren que la única forma legítima de modificar el texto constitucional es mediante una reforma constitucional. ¿Cómo hacer compatible, entonces, el uso del DCC con la obligación de los jueces constitucionales de sólo seguir, para resolver los diversos asuntos que conocen, la voluntad de los constituyentes originarios?

El *justice* de la Corte Suprema estadounidense, Antonin Scalia, férreo defensor de la interpretación *originalista* de la Constitución, resume muy bien esta posición. Si se acepta, arguye Scalia, que el método idóneo para interpretar a la Constitución es precisamente el *originalista*, entonces, simplemente el DCC no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional. Las respuestas a cualquier incógnita constitucional se encuentran, más que en el DCC, en la voluntad del Congreso Constituyente. Dice Scalia:

[...] we don't have the same moral and legal framework as the rest of the World, and never have. If you told the framers of the Constitution that we're after is to, you know, do something that will be just like Europe, they would have been appalled. And if you read de Federalist Papers, it's full of, you know, statements that make very clear they didn't have a whole lot of respect for many rules in European countries.⁶

El cuarto argumento en contra del uso del DCC se dirige a la unicidad de cualquier ordenamiento jurídico; las circunstancias particulares que moldean a un determinado orden normativo. Y, por tanto, la imposibili-

⁵ Para una crítica más puntual al argumento de los padres fundadores y de la interpretación *originalista* de la Constitución, véase: Khushal Murkens, Jo Eric, "Comparative Constitutional Law in the Courts: Reflections on the Originalists Objections", *Legal Studies Working*, Londres School of Economics, Paper No. 15, 2008.

⁶ Palabras pronunciadas en el debate entre los *justices* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia y Stephen Breyer, bajo el título "Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions" y que fue organizado por la American University Washington College of Law y la U.S., Association of Constitutional Law, el 13 de enero de 2005.

dad de extrapolar interpretaciones judiciales a una sociedad distinta, debido a las diferencias institucionales, sin olvidar las sociales, culturales e históricas. No considerar estos aspectos, se arguye, representa un riesgo grave: que un tribunal constitucional haga uso del DCC sin entender del todo las características y efectos de la resolución extranjera; transplantar soluciones jurisdiccionales a una tierra diferente, condena de antemano el éxito del experimento. Así, los moderados que defienden este argumento sostienen que interpretar a partir del DCC es viable bajo la condición de tomar en cuenta sólo aquellas resoluciones que provenga de una misma familia jurídica (como el *common law*)⁷ o, en su caso, cuando se realice un minucioso estudio de la historia e instituciones del ordenamiento en cuestión.

Entre quienes defienden estos argumentos contra el uso del DCC, destaca nuevamente el *justice* Antonin Scalia, cuya postura defendió con claridad en un debate que sostuvo con el *justice* Stephen Breyer;⁸ ahí Scalia subrayó que la estructura institucional y las costumbres morales de la sociedad estadounidense son diferentes a las de cualquier otro país del mundo —cada país, pues, está marcado por una unicidad institucional y cultural—, por lo cual no sólo es imposible adoptar resoluciones extranjeras sino que representa un riesgo en caso de intentarlo: resolver asuntos jurisdiccionales a partir de sentencias que no mantienen rasgos comunes con el sistema estadounidense amenaza a la democracia y soberanía.

La idea central, por tanto, de esta posición consiste en que cada una de las decisiones de un tribunal constitucional necesariamente tiene raíces en un contexto cultural determinado. De ahí que al “importar” resoluciones judiciales extranjeras se esté ignorando un elemento clave: el

7 Sobre el tema del uso del derecho constitucional comparado en tribunales de tradición *common law*, sugiero: Kamba, W. J., “Comparative Law: a Theoretical Framework”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, núm. 3, julio de 1974, pp. 485-519; Koopmans, T., “Comparative Law and the Courts”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, núm. 3, julio de 1996, pp. 545-56; Fletcher, George P., “Comparative Law as a Subversive Discipline”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, núm. 4, otoño de 1998, pp. 683-700; Geoffrey, Samuel, “Comparative Law and Jurisprudence”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, núm. 4, octubre de 1998, pp. 817-36; Justice Mance, “Foreign and Comparative Law in the Courts”, *Texas International Law Journal*, vol. 36, enero de 2001, pp. 415-26; Valcke, Catherine, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence: the Comparability of Legal Systems”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, núm. 3, verano de 2004, pp. 713-740; Eberle, Edward J., “Comparative Law”, *Golden Gate University Law Review, Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 13, núm. 93, 2007.

8 Debate “Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions”, *op. cit.* Los comentarios a favor del uso del DCC del *Justice* Stephen Breyer se comentarán más adelante.

sustrato cultural que les dio origen. El argumento sostiene la imposibilidad práctica de realmente entender las sentencias extranjeras. El uso del DCC no se agota con el estudio de las sentencias en concreto, exige además un análisis de los fundamentos políticos, históricos, socioculturales y filosóficos del sistema constitucional en cuestión. Sin olvidar que en no pocas ocasiones también es indispensable pleno dominio de una lengua extranjera. El punto clave, entonces, es que resulta muy difícil que se utilice de manera correcta el DCC: existe una alta probabilidad de que los jueces constitucionales, al decidir un asunto a partir del DCC, se formen una opinión con un conocimiento bastante pobre tanto de la resolución extranjera como del contexto en el que decidió.

Ahora bien, junto a estos argumentos que rechazan de manera inflexible el uso del DCC, es posible encontrar otros de carácter moderado. Posiciones que aceptan su uso, pero que consideran que su impacto en el ejercicio jurisdiccional debe ser mínimo. La crítica, en este caso, señala que debido a los peligros inherentes al uso del DCC su peso o fuerza debe ser, por lo menos, frenada. Al grado de que para algunos, los jueces constitucionales pueden estudiar el derecho comparado mas no utilizarlo en sus opiniones, argumentaciones y/o votos.⁹ En su mayoría, se trata de versiones moderadas de los argumentos que inflexiblemente están en contra del uso del DCC y que hemos venido explicando.

¿Cuáles son, entonces, estos peligros o riesgos propios del uso del DCC? Entre los principales se mencionan los siguientes: manipulación argumentativa, discrecionalidad y posible malinterpretación.¹⁰

El primer punto señala que el peligro del uso del DCC es que se utilice de manera selectiva y manipuladora. El DCC, en este sentido, en realidad, no coadyuva a elevar el nivel argumentativo de una corte constitucional. Ni siquiera tiene ese objetivo. Se utiliza, más bien, para darle fuerza a una idea o argumento previamente concebido, seleccionando y exponiendo los casos o argumentos que convienen para tal propósito. Sin ofrecer las dos posturas de un caso judicial ni un escenario equilibrado de las resoluciones sobre un tema en el plano mundial. El DCC no es más que una estrategia para legitimar una determinada posición en un debate jurisdiccional. El peligro, se arguye, reside que en el

⁹ Cfr. Childress, Donald E., "Using comparative constitutional law to resolve domestic federal questions" en *Duke Law Journal*, Vol. 53, 2003. Esta es también la posición del justice Antonin Scalia en Debate "Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions", *op. cit.*

¹⁰ Cfr. Perales, Kathryn A., "It Works Fine in Europe, so Why not Here? Comparative Law and Constitutional Federalism", *Vermont Law Review*, 1999, 23 Vt. L. Rev. 885; Dammann, Jens C., "The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation", *St. Thomas Law Review*, *cit.*; Parrish, Austen L., "Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's of Foreign Law", *The University of Illinois Law Review*, 2007, U. Ill. L. Rev 637.

fondo el DCC, precisamente, no es una herramienta para enriquecer con diferentes perspectivas una discusión jurisdiccional, ni un medio para conocer las soluciones de otros tribunales respecto problemas análogos. Se trata meramente de una herramienta persuasiva y, como tal, su peso o valor en la interpretación constitucional debe ser menor.

Esto nos lleva a la siguiente objeción contra el uso del DCC: la discrecionalidad. Según esta posición, cuando el juez constitucional utiliza el DCC expande los márgenes de discrecionalidad. Es decir, al utilizar esta herramienta para darle fuerza a su visión personal de un determinado conflicto normativo, el juez abre una importante ventana que le permite actuar con pocas restricciones. El problema, en concreto, es que se presentan argumentos y opiniones, obviamente válidos y necesarios en una discusión jurisdiccional, pero revestidos con la legitimidad de un precedente extranjero —más aún cuando el tribunal en cuestión goza de un prestigio significativo—. Y, por ello, en caso de darle un peso o fuerza considerable al uso del DCC, se estaría permitiendo una ampliación de la discrecionalidad interpretativa de los jueces. Ésta es, justamente, la posición que adoptó John Roberts en las audiencias ante el Comité Judicial del Senado estadounidense para determinar su nominación como *chief justice* de la Corte Suprema.

Ahí, Roberts subrayó que el riesgo de usar el DCC es que éste es muy tramposo, pues siempre se puede encontrar algún precedente o sentencia que respalde y legitime tu posición respecto cierto problema de interpretación constitucional. De tal manera, que más que una herramienta argumentativa es una arma de estrategia jurisdiccional. Dice John Roberts:

Relying on foreign precedent doesn't confine judges. It doesn't limit their discretion the way relying on domestic precedent does [...] Foreign law, you can find anything you want. If you don't find it in the decisions of France or Italy, it's in the decisions of Somalia or Japan or Indonesia, or wherever. As somebody said in another context, looking at foreign law for support is like looking out over a crowd and picking out your friends. You can find them. They're there.¹¹

El siguiente y último argumento —posible malinterpretación— asegura que al usar el DCC las posibilidades de malinterpretar o no entender las resoluciones extranjeras son muy altas. Pues para interpretar de manera correcta el DCC es necesario sortear problemas como barreras en

11 Citado por Parrish, Austen L., "Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's of Foreign Law", *cit.*

el lenguaje; diferencias culturales que pueden repercutir en el entendimiento del propósito o efecto de la sentencia extranjera; los efectos sociales, económicos y políticos de la decisión que es necesario conocer para transplantar una solución jurídica de un país a otro de manera exitosa, etcétera. Esto significa que asegurar con cierto grado de confiabilidad que cierta solución jurisdiccional que funcionó en un país servirá en otro, exige una investigación excesiva (lo cual es materialmente imposible) o, en su caso, aceptar un enorme riesgo de malinterpretar la resolución (con las consecuencias que esto implica). Y, por lo mismo, es indispensable que el DCC no goce de un peso o valor relevante en la interpretación de un tribunal constitucional.

*

Corresponde, ahora, comentar los principales argumentos y posturas a favor del uso del DCC, los cuales pueden aglutinarse de la siguiente manera: el argumento creativo e inspirador, el universalista y, por último, el argumento de la construcción de la legitimidad.¹²

El primer argumento considera que el uso del DCC aguijonea la creatividad de los jueces constitucionales. Es decir, si se parte de que la interpretación se realiza dentro de un marco normativo con varios significados posibles —y no existe, por tanto, una única solución correcta—, entonces, asomarse al DCC abre la posibilidad de conocer tácticas diferentes para enfrentar problemas de interpretación constitucional, soluciones planteadas desde ópticas distintas, así como argumentaciones y metodologías novedosas. Según esta posición, no se trata de adoptar irreflexivamente resoluciones de tribunales extranjeros, ni tampoco de

¹² Cfr. Ackerman, Bruce, "The Rise of World Constitutionalism", *Yale Law School Occasional Papers*, 1996, Paper 4; Abrahamson, Shirley S., y Fischer, Michael J., "All the World's a Courtroom: Judging in the New Millennium", *Hofstra Law Review*, 1997, 26 Hofstra L. Rev. 273; Tushnet, Mark, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", *Yale Law Journal*, 1999, 108 Yale L. J. 1225; Drobning, Ulrich y Van Erp, Sjeff (comp.), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit.; Blum, Louis J., "Mixed Signals: the Limited Role of Comparative Analysis in Constitutional Adjudication", *San Diego Law Review*, 2002, 39 San Diego L. Rev. 157; Annus, Taavi, "Comparative Constitutional Reasoning: the Law and Strategy of Selecting the Right Arguments", *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2004, 14 Duke J. Comp & Int'l L. 301; Raalf, Matthew S., "Why the Debate Surrounding Comparative Constitutional Law is Spectacularly Ordinary", *Fordham Law Review*, 2004, 73 Fordham L. Rev. 1239; Carnota, Walter F., "¿Sirve la jurisprudencia constitucional comparada para los jueces argentinos?", *Biblioteca Jurídica Online (www.elDial.com)*, 2004, consulta: 5 de febrero de 2008; Sánchez Lorenzo, Sixto, "Necesidad y virtud del derecho comparado en el siglo XXI", *Biblioteca Jurídica Online (www.elDial.com)*, 2006, consulta: 5 de febrero de 2008.

desconocer las particularidades jurídicas y culturales propias de cualquier sociedad. Al contrario, sin dejar de considerar tales condiciones, la idea es que al usar el DCC el panorama del juez constitucional se expanda, teniendo un mayor número de herramientas teóricas y prácticas para delimitar los problemas de interpretación jurisdiccional, calcular la efectividad de las soluciones, así como conocer las probables consecuencias prácticas de las mismas.

En este sentido, el uso del DCC sirve, inclusive, para conocer y entender mejor las características distintivas del ordenamiento jurídico del juez constitucional; el mismo ejercicio interpretativo ayuda a conocer mejor qué soluciones jurídicas son las más apropiadas para la sociedad en cuestión. Esto significa que esta posición no parte de la idea de que las vicisitudes de la interpretación constitucional sean necesariamente abordadas de manera correcta por los tribunales extranjeros. Al contrario: puede ser que sus soluciones no hayan sido del todo atinadas, sea desde el ámbito teórico, sea en las consecuencias de la resolución. No obstante, tales errores no dejan de ser instructivos. Las fallas de otros tribunales también nutren el aprendizaje del juez constitucional. Y permiten un mayor conocimiento del tipo de resolución que considera adecuado adoptar y el tipo de efectos que, por lo menos, quiere evitar.

Esta es, en buena medida, la posición del *Justice* Stephen Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos: el uso del DCC es una veta riquísima —junto otras como la doctrina y los precedentes del propio orden jurídico— para explorar resoluciones que permiten al juez constitucional enfrentar con mayor creatividad y eficacia las dificultades propias de la labor jurisdiccional.¹³ Esto se debe, continúa Breyer, a que la interpretación jurisdiccional, sobre todo aquella que se realiza desde el balcón de la democracia constitucional, nunca es definitiva. Está abierta siempre a un proceso de redefinición; de tal manera, que el uso del DCC permite un diálogo útil e instructivo entre las cortes constitucionales del mundo que inevitablemente enriquece las diferentes perspectivas y lecturas de los jueces constitucionales.

Esto nos lleva al siguiente argumento: el universalista. Esta postura a favor del uso del DCC considera que el ejercicio de interpretación constitucional se realiza a partir de categorías conceptuales comunes a cualquier sistema constitucional. La Constitución es, finalmente, el aterrizaje institucional de la tradición liberal; las disposiciones constitucionales son cortadas de la misma tela teórica. Y, por lo tanto, es difícil imaginar que los jueces constitucionales no compartan ingredientes conceptuales al

13 También su posición fue establecida en el debate que tuvo como título "Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions", *op. cit.*

momento de identificar, interpretar y aplicar temas como libertad de expresión, división de poderes o prohibición de monopolios. Antes que garantías y reguladores de poderes, los dispositivos constitucionales son principios que comparten una misma raíz teórica.

Es cierto que la configuración constitucional es distinta en cada uno de los países democráticos, existen diferencias importantes entre los ordenamientos jurídicos; sin embargo, continúa este argumento, las cortes constitucionales al momento de darle una lectura a la Constitución inevitablemente comparten un conjunto de principios. Lo cual vuelve de gran utilidad el uso del DDC, pues, permite conocer cómo han entendido otros tribunales tales conceptos, de qué manera les han dado un contenido argumentativo y frente a qué tipo de circunstancias los han expresado. Sin duda, las características y particularidades de los casos serán diferentes. Pero las construcciones teóricas de la Constitución se alumbran recíprocamente.

Es, por ello, que esta posición a favor del uso del DCC parte de un determinado método de interpretación constitucional. No se trata del método textualista u originalista, sino más bien de un ejercicio creativo que lee a la Constitución como un sistema, que considera las nuevas realidades de una sociedad y que se nutre de ingredientes como la doctrina, los *amicus curiae*, los debates constituyentes... y el DCC. Todo esto con un gran propósito: la construcción a través de las resoluciones de una teoría constitucional que, por una parte, defina los conceptos democráticos y liberales y, por la otra, que ofrezca respuesta a los problemas que le plantea la sociedad.

En esta misma línea, el *chief justice* de la Corte Suprema de Israel (1995-2006), Aharon Barak, ha apuntado que el verdadero debate sobre el uso del DCC se ubica en cómo debe interpretarse la constitución.¹⁴ Después de definir el método apropiado de interpretación constitucional, resulta fácil determinar si el DCC es viable y provechoso o no. Así, si se considera que la Constitución debe ser leída de manera sistemática e interpretada de acuerdo a las circunstancias actuales de una sociedad, aprovechando aquellos elementos que coadyuvan a tal ejercicio interpretativo y con el objetivo último de darle vida institucional a los principios de una democracia liberal, entonces, el uso del DCC se erige en una herramienta tan relevante y útil como la doctrina o los *amicus cu-*

¹⁴ Barak, Aharon, *Comparative law, originalism and the role of a judge in a democracy*, Conferencia impartida in The Fulbright Convention, 26 de enero de 2006.

riae.¹⁵ Es un elemento que aguijonea la creatividad del juez constitucional. Subraya el juez Barak:

According to their approach, comparative law is one of a variety of considerations to be taken into account. Its weight is to be determined in relation to the other considerations, which vary from one case to another. For me, comparative law acts as an experienced friend. It makes me think better; it awakens in me the potential latent in my own system; it expands my thinking about possible arguments, legal trends and available decision-making structures. For me, comparative law serves as a mirror. It makes me understand myself better.¹⁶

Por el contrario, si se apuesta por el método originalista (que brevemente se comentó líneas arriba) o el textualista,¹⁷ donde *grasso modo* los casos jurisdiccionales se resuelven a partir de la literalidad del precepto constitucional, entonces, el uso del DCC tendrá una relevancia ínfima. Es más: simplemente sería inadmisibles en la labor del juez constitucional.

Ahora bien, algunos que apoyan el argumento universalista, consideran que el DCC sólo es válido en lo que se refiere a derechos fundamentales. Pues arguyen que los elementos orgánicos de la Constitución son muy difíciles de extrapolar a otros ordenamientos jurídicos. El diseño de los órganos de un Estado tiene muchos matices y diferencias, propios de su historia y realidad social, que hacen prácticamente imposible aprovechar las interpretaciones de los jueces constitucionales al respecto. No obstante, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, el uso del DCC no sólo es posible debido a un bagaje teórico común, sino que además es indispensable para imprimirles efectivamente un carácter universal. Es en los derechos fundamentales, y no por ejemplo en la división de poderes, donde es obligado levantar un edificio interpretativo universal que permita definir en un mismo sentido los alcances y límites. Así, cuestiones como, ¿cuándo una limitación a un derecho fundamental resbala en violación?, ¿cómo se debe ponderar la contradicción de dos derechos?, ¿cuál debe ser su núcleo esencial?, etcétera. Son interrogantes que deben ofrecer, en lo que se refiere a sus elementos teóricos,

15 Sobre la relación entre el método de interpretación de una corte constitucional y el uso o relevancia del derecho constitucional comparado, véase Goldsworthy, Jeffrey (ed.), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, UK, Oxford University Press, 2006.

16 Cfr. *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy*, cit.

17 Para una introducción sobre los diferentes métodos de interpretación, sugiero: Guastini, Riccardo, *Estudios sobre interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

respuestas similares —universales— en cada uno de los sistemas de justicia constitucional.

Así, en el fondo, esta posición a favor del uso del DCC —sea que considere útil para cualquier disposición constitucional o sólo en lo referente a los derechos fundamentales— entiende que no utilizar el DCC es condenar a una corte constitucional a una posición insular en el desarrollo internacional del constitucionalismo. Es negarle la oportunidad de conocer las soluciones (y errores) de otros tribunales. Y, en ese sentido, impedir que aprenda y participe en el discurso constitucional común. Esta es, precisamente, la posición la *ex justice* de la Suprema Corte estadounidense, Sandra Day O'Connor,¹⁸ quien ha señalado que asomarse al DCC propicia que un tribunal constitucional supere el provincionalismo judicial y tenga la oportunidad de conocer otras experiencias y perspectivas que sin duda enriquecerán su tarea de interpretación constitucional.

Some, like the German and Italian courts, have been working since the last world war. They have struggled with the same basic constitutional questions that we have: equal protection, due process, the rule of law in constitutional democracies. Others, like the South African court, are relative newcomers on the scene but have already entrenched themselves as guarantors of civil rights. All of the courts have something to teach us about the civilizing function of constitutional law [...] A second reason for American judges and lawyers to study foreign legal systems is that we can discover ways of improving our own systems. Laws are organic, and they benefit from cross-pollination. We should keep our eyes open for innovations in foreign jurisdictions that, with some grafting and pruning, might be transplanted to our own legal system.¹⁹

Por último, tenemos la postura a favor del uso del DCC debido a su utilidad en la construcción de la legitimidad de una corte constitucional y, en concreto, de aquellas decisiones complejas y difíciles que ésta tiene que enfrentar. Aquí la defensa al uso del DCC no destaca las aportaciones argumentativas y/o creativas que éste puede ofrecer a la labor jurisdiccional. Más bien, subraya su utilidad como herramienta estratégica que, atada a una adecuada política y estrategia de comunicación so-

¹⁸ Cfr. Day O'Connor, Sandra, "Broadening Our Horizons: Why American Judges and Lawyers Must Learn About Foreign Law", *International Judicial Observer*, núm. 4, junio de 1997.

¹⁹ *Idem*.

cial,²⁰ puede coadyuvar a legitimar las decisiones de un tribunal constitucional e, inclusive, su posición en el escenario institucional democrático. Es decir, de acuerdo a esta posición, un tribunal constitucional puede utilizar el DCC para señalar y explicar, ante la opinión pública y el resto de los poderes del orden constitucional, que sus decisiones no son arbitrarias ni elaboradas con argumentos poco sostenibles. Por el contrario, su labor jurisdiccional se suma a una serie de decisiones de otros tribunales del mundo, cuyo desempeño histórico refleja un sólido compromiso con los valores propios de una democracia liberal.

En este contexto, esta función del DCC se ha considerado mucho más útil en aquellos tribunales constitucionales jóvenes, que inician una nueva etapa institucional en una transición democrática, y donde la sociedad no está familiarizada con prácticas institucionales propias de una tradición liberal —raíz teórica de los tribunales constitucionales—. De tal manera, que este tipo de tribunales pueden legitimar su labor jurisdiccional al referirse a decisiones adoptadas por otras cortes constitucionales con mayor experiencia, subrayando que el sentido de sus sentencias es similar al de estos tribunales extranjeros y, asimismo, ubicando sus resoluciones en la línea de la práctica jurisdiccional de países incuestionablemente democráticos. En el fondo, este último argumento a favor del uso del DCC parte de que un tribunal constitucional al fungir como árbitro institucional de una sociedad, resulta medular para su legitimidad cómo son percibidas son decisiones por otros actores sociales e institucionales, así como por la opinión pública.²¹

Este fue el caso, por ejemplo, de la Corte Constitucional Federal de Alemania, que al arranque de su vida institucional carecía de precedentes propios, por lo cual estableció una estrategia para el uso del DCC. Por un lado, lo aprovechó para fijar rápidamente las coordenadas de su teoría constitucional y trazar los planos de su ulterior construcción y, por el otro, para legitimar conceptos e interpretaciones no del todo digeribles para una sociedad que recién abandonaba el régimen Nazi. Como menciona el mismo juez constitucional alemán Brun-Otto Bryde: después del período nazi, la Corte Constitucional alemana se encontró con la necesidad de usar el DCC para legitimar su función en el nuevo marco institucional del país y, asimismo, para refrendar a la comunidad internacional

²⁰ Respecto este relevante tema pero de escasa discusión en la academia mexicana y en la misma Suprema Corte de Justicia, véase Staton, Jeffrey K., *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2010.

²¹ Al respecto, sugiero: Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences. A Perspective on Judicial Behavior*, Estados Unidos de América, Princeton University Press, 2006.

el compromiso de Alemania con el régimen democrático. El juez Bryde lo explica mejor:

Judges like to justify their decisions by invoking precedents. In this perspective, drawing on persuasive precedents from international or foreign courts can add legitimacy to judicial decisions especially in new constitutional orders in which the courts cannot draw on a body of their own jurisprudence. An additional reason might be that, in this way, they can justify judicial ideas that are unfamiliar, perhaps even unpopular, in the own country with an appeal to the authority of prestigious foreign courts.²²

Así, conforme se consolidó la teoría constitucional de la Corte Constitucional de Alemania y su legitimidad en el ámbito nacional e internacional, dejó de utilizar el DCC para estos propósitos.

Pero el caso más paradigmático del uso del DCC para construir la legitimidad de una corte constitucional, es probablemente el de la Corte Constitucional de Sudáfrica. En este caso, la Corte sudafricana ha utilizado el derecho comparado para construir una fresca y moderna teoría constitucional capaz de hacer frente a las prácticas antidemocráticas y antiliberales heredadas del *Apartheid* —es necesario mencionar que en este caso la misma Constitución sudafricana señala que en la interpretación jurisdiccional de la Constitución se deberá procurar el uso del derecho extranjero e internacional—. La misma Corte de Sudáfrica destacó este punto en la sentencia *Sanderson v. Attorney-General*: “Comparative research is generally valuable and is all the more so when dealing with problems new to our jurisprudence but well developed in mature constitutional democracies. Both the interim and the final Constitution, moreover, indicate that comparative research is either mandatory or advisable”.²³

Este ha sido, según el *emeritus justice* Laurie W. H. Ackermann, el principal reto de la Corte sudafricana: elaborar una teoría constitucional que rápidamente establecería los lineamientos mínimos de una sociedad con derechos fundamentales y orden político democrático.²⁴ Mas esa tarea exigía que este órgano jurisdiccional contará con la legitimidad suficiente para restringir actuaciones estatales, delimitar la división de

²² Bryde, Brun-Otto “The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue”, *Tulane Law Review*, 2005, 80 Tul. L. Rev. 203.

²³ *Sanderson v. Attorney General* — Eastern Cape 1998 (2) SA 38 (CC); 1997 (12) BCLR 1675 (CC).

²⁴ *Cfr.* Ackermann, Laurie, “Constitutional Comparativism in South Africa”, *Tulane Law Review*, 2005, 80 Tul. L. Rev. 169.

poderes, irradiar el principio de no discriminación en las diferentes esferas sociales, etcétera. Misión en la que fue fundamental el uso del DCC: a través de éste se apuntaló decisiones donde declaraban inconstitucionales decretos ejecutivos, actuaciones legislativas y, al mismo tiempo, legitimaron conceptos como derechos fundamentales, Estado de derecho, responsabilidad constitucional, etcétera. Dice el juez Ackermann:

Most, if not all, courts exercising extensive powers of review over the legislature and executive face problems of credibility (if not legitimacy) because of their above powers. It is of little avail to point to the transformation that the concept of democratic government has undergone over the past centuries: that bills of rights (and their enforcement by and independent judiciary) are essential to prevent majority tyranny; that comprehensive “rule of law” constitutions, embodying the supreme law of the land, apply to such courts as well; that judges cannot be held “accountable” in the same way as the legislature or the executive, without destroying their independence; or that the judges, by their judicial oath of office undertake, *inter alia*, to “uphold and protect the Constitution and the human rights entrenched in it, and will administer justice to all persons alike without fear, favor or prejudice, in accordance with the Constitution and the law.”²⁵

De tal manera, que aquí el uso del DCC no se dirige a la utilidad que puede generar al interior de una corte constitucional: mejorar su argumentación o creatividad jurisdiccional, por ejemplo. Su beneficio, más bien, se expresa al exterior del tribunal constitucional, en su trabajo como institución frente a los otros poderes y la opinión pública. Con el gran objetivo de que, al ser el órgano límite del entramado institucional de una democracia liberal, es indispensable que construya una legitimidad —apoyada por el uso DCC y una estrategia de comunicación social— para realizar su trabajo de intérprete de la Constitución de manera mucho más ágil y contundente.

*

Ahora bien: ¿qué podemos sostener frente a los argumentos en contra del uso en la arena jurisdiccional del DCC? Respecto el argumento de la soberanía, que como vimos centra su preocupación en una eventual influencia de ideas extranjeras al momento de que una corte constitucional use el DCC para decidir y argumentar sus asuntos, simplemen-

²⁵ *Idem*.

te no se sostiene por sí mismo. En un debate serio los argumentos no se descalifican dependiendo de quién los defiende o, en este caso, a partir desde que punto geográfico se lancen. Los argumentos, más bien, se desinflan o revientan al atacar sus flaquezas y debilidades. Esto significa que más que preocuparse por la nacionalidad del precedente que busca utilizar un tribunal constitucional para resolver un caso, la crítica debe dirigirse a dos cuestiones clave: si tal precedente es efectivamente aplicable a ese asunto y, en su caso, si está siendo bien utilizado. Lo cual exige evitar cualquier descalificación de antemano.

Otro aspecto: ¿es legítima la preocupación de que el uso del DCC abre la posibilidad de una colonización de criterios jurisdiccionales extranjeros? Aquí es necesario mencionar que de las cortes constitucionales más proclives a usar el DCC,²⁶ ninguna considera que éste debe utilizarse de manera sistemática en todos los asuntos que conocen. Ven al DCC como una herramienta útil en ciertos casos y no tanto en otros. Y, por ello, su inclinación a favor del DCC no es fruto de un malinchismo constitucional, sino de las eventuales soluciones e ideas que puedan aportar a la construcción de una doctrina jurisdiccional. Por ello, me parece que, más bien, detrás del argumento de la soberanía existe una autocomplaciente idea de que ciertos tribunales constitucionales no tienen nada que aprender de otros órganos jurisdiccionales, que difícilmente pueden encontrar algo interesante o novedoso en otras arenas judiciales alrededor del mundo. Y este es el verdadero motivo de este argumento para rechazar el uso del DCC.

El argumento de los padres fundadores, por su parte, que como comentamos encuentra su fundamento clave en el método de interpretación constitucional *originalista*, parte de un supuesto muy tramposo. ¿Por qué? Los *originalistas* aseguran que un juez al decidir los asuntos que conoce, siguiendo únicamente la voluntad de los padres fundadores, se elimina o reduce drásticamente la discrecionalidad del juez constitucional. De ahí que esta postura descalifique el uso del DCC en la tarea de interpretación constitucional, pues abre la puerta al activismo judicial.

Determinar, sin embargo, el propósito o sentido de un determinado fragmento de cualquier texto constitucional es tarea que difícilmente se salva de enfrentar ambigüedad e indeterminación, aun cuando nos refe-

²⁶ Al respecto, véase Hoyt Webb, "The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law", *U. Pa. J. Const. L.* 205 (1998); Carolan, Bruce, "The Search for Coherence in the Use Foreign Court Judgments by the Supreme Court of Ireland", *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, otoño de 2004; Sanilevici, Renee, "The use of Comparative Law by Israeli Courts", *Use of Comparative Law, cit.*, pp. 197-221.

rimos a la labor de dilucidar la voluntad de los padres fundadores. En efecto, preguntar qué dicen los constituyentes originarios sobre un determinado problema constitucional, se presta a un abultado número de interpretaciones y lecturas. ¿Cómo determinar el sentido preciso de una expresión propia de un proceso constituyente cuando usualmente éstas se redactan con fines retóricos y persuasivos? ¿De qué manera aplicar sin cierta dosis de discrecionalidad un texto confeccionado hace 50, 100 o 200 años a circunstancias de una sociedad contemporánea? Simplemente no hay respuestas constitucionales unívocas.

Lo más grave, sin embargo, de la posición originalista es que trata de ocultar este inevitable margen de acción del juez al momento de enfrentar un problema constitucional, bajo la idea de que hurgar en la voluntad de los padres fundadores la interpretación de la Constitución se coloca en el terreno de la objetividad y la autorrestricción. La pregunta, por tanto, es por demás pertinente: ¿Cómo rechazar tajantemente, entonces, el DCC arguyendo que su uso arroja el riesgo de la discrecionalidad, cuando el método originalista no es —como ningún otro— enteramente objetivo y cierto?

El tercer argumento que abordamos en contra del DCC es aquél que alude a la legitimidad democrática de las cortes constitucionales. El punto medular de esta posición, recordémoslo, es que la dificultad para justificar en términos democráticos a una institución como los tribunales constitucionales —cuyos integrantes no son elegidos directamente por el electorado, además de que al asumir el papel de interprete último de la Constitución sus resoluciones no están sujetas a un control institucional—, exige que en su labor jurisdiccional se limiten a seguir y discutir sus propios precedentes. Este es el mástil, según esta posición, al que debe atarse las cortes constitucionales en aras de que su narrativa constitucional cumpla con los requisitos de certeza, coherencia y predictibilidad.

Una vez más surge la preocupación de la discrecionalidad del juez constitucional. Lo cual es comprensible: se trata de uno de los grandes riesgos de la justicia constitucional. No obstante, el punto es si efectivamente ésta se logra limitar o atenuar —y, de esta manera, se apuntala la legitimidad democrática de las cortes constitucionales— al definir cuáles son los ingredientes idóneos para construir la doctrina de un tribunal constitucional. Me explico: el hilo principal del argumento de la legitimidad democrática señala que debido a las características institucionales de las cortes constitucionales, para evitar la erosión de su legitimidad en un régimen democrático es necesario que sus decisiones se nutran de sus propios precedentes, evitando voltear a otras latitudes para encon-

trar soluciones. ¿Se logran sortear, sin embargo, los riesgos de la discrecionalidad judicial con sólo determinar cuáles deben ser las fuentes del conocimiento de los jueces constitucionales? Definitivamente no. Por el contrario, considerar que los peligros de la discrecionalidad se evitan con sólo utilizar una determinada herramienta constitucional, en este caso los propios precedentes de una corte, significa desconocer que el activismo judicial puede surgir de la doctrina, un *amicus curie*, la lectura de un hecho histórico, el DCC y, por supuesto, también en el manejo de los propios precedentes.

Esto fue precisamente lo que sucedió recientemente en la Corte Suprema de los Estados Unidos con el caso *Citizen United v. Federal Electoral Commission*, donde un punto neurálgico que dividió a los *justices* fue la discrecional manera en que la mayoría utilizó diversos precedentes para impulsar una determinada concepción de la libertad de expresión política-electoral de las corporaciones (personas morales).²⁷ Irónicamente, dentro de esa mayoría estuvieron John Roberts, Samuel Alito y Antonin Scalia quienes, como hemos visto, están en contra del uso DCC por el eventual activismo judicial en que puede resultar. Esto significa que el activismo judicial no depende de la fuente de apoyo del juez para resolver un asunto, sino de cómo utilice tal fuente de apoyo. Y, por ello, la discrecionalidad de una corte constitucional exige más bien preguntarse, no cuáles deben ser las herramientas a utilizar en la interpretación constitucional, sino cómo establecerle límites efectivos al campo de acción de los jueces, al uso de tales herramientas.²⁸ Lo cual alude más bien a la publicidad de las sentencias, a un periodismo judicial que socialice esta información y una opinión pública que critique la argumentación de cada una de las decisiones.

²⁷ Para un agudo análisis del mal manejo de los precedentes en esta decisión, sugiero: Dworkin Ronald, "The Decision that Threatens Democracy", *The New York Review of Books*, 13 de mayo de 2010 y Dworkin, Ronald, "The «Devastating» Decision", *New York Review of Books*, 25 de febrero de 2010.

²⁸ Se trata del mismo juego de preguntas que planteó Karl Popper en relación a las fuentes del conocimiento. Según el filósofo vienés cuando se formula la pregunta de cuáles son las fuentes del conocimiento, no importa la respuesta ésta estará envuelta de autoridad y, por tanto, inmune a la crítica. Por ello, Popper sugiere que la preocupación no debe centrarse en las fuentes del conocimiento, que pueden ser desde la observación hasta una co razonada, sino en idear un método crítico que evalúe de la mejor manera posible cualquier teoría o propuesta científica. Al respecto, véase Popper, Karl R., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, trad. Néstor Míguez, Paidós, Barcelona, 1967 (primera edición en inglés 1963) y Miller, David (comp.), *Popper: escritos selectos*, trad. Sergio René Madero Báez, México, Fondo de Cultura Económica, 1995 (primera edición en inglés 1985), especialmente el capítulo I: Teoría del conocimiento.

Esto nos lleva, finalmente, al argumento que me parece que sí presenta buenas objeciones en contra del uso del DCC. Me refiero al llamado argumento de la unicidad del ordenamiento jurídico, cuya idea central es que resulta imposible o, en el mejor de los casos, muy difícil extrapolar interpretaciones judiciales a una sociedad distinta, debido a las diferencias sociales, culturales e históricas. De tal manera que cuando un juez utiliza el DCC, es casi seguro que no comprenda de manera clara el sustrato cultural de éste, presentándose el riesgo de malinterpretar las resoluciones extranjeras y/o la tentación de sólo utilizarlas con el propósito de una manipulación argumentativa.

En términos generales, me parece que estos dos peligros que subraya el argumento de la unicidad del orden jurídico, tienen fundamento. Por un lado, en ciertas ocasiones, efectivamente es complicado que los jueces constitucionales entiendan a plenitud el contexto cultural en el que se adoptó una sentencia extranjera y, por el otro, también es cierto que el abanico de resoluciones foráneas es tan diverso en no pocos temas constitucionales, que tienta a los jueces a elegir estratégicamente aquella decisión que mejor soporte una idea preconcebida. ¿Pero acaso esto es motivo suficiente para desechar el uso del DCC?

Veamos. En cuanto a la eventual tentación de los jueces de aprovechar el DCC para una manipulación argumentativa, es un escenario posible. No obstante, calificarlo necesariamente de un riesgo refleja una concepción de la dinámica interna de una corte constitucional bastante reduccionista. Una que ingenuamente piensa que la aritmética de las cortes, la configuración de las mayorías que definen el sentido de las decisiones, es fruto de un ejercicio enteramente deliberativo y argumentativo. Pero como han demostrado, entre otros, los académicos estadounidenses Saul Brenner y Joseph M. Withmeyer en su último libro,²⁹ la idea de que los jueces constitucionales definen su voto en función estrictamente del peloteo argumentativo respecto lo que dice la ley y la constitución, es inoperante para explicar la realidad jurisdiccional y el comportamiento de los jueces.

En efecto, basando su investigación a partir de interrogantes como qué tanto influyen las posiciones ideológicas de los jueces, cuáles son las condiciones que incentivan el establecimiento de bloques mayoritarios y minoritarios, qué objetivos persigue un juez constitucional al momento de votar un asunto —¿el prestigio y reconocimiento social?, ¿objetivizar una determinada visión del mundo?, etcétera—, estos académicos estadounidenses han realizado una sugestiva excursión para en-

²⁹ *Strategy on the United States Supreme Court*, Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2009.

tender mejor las estrategias entre los jueces que definen el sentido de sus resoluciones. Las conclusiones son por demás interesantes: si bien es cierto que el ejercicio argumentativo influye en la dinámica entre los jueces, también lo es que existen otros factores políticos, persuasivos e, inclusive, carismáticos que también inciden en tal dinámica.³⁰ Como botón de muestra, vale mencionar un interesante hallazgo de estos sociólogos de la Universidad de Carolina del Norte: en la Corte Suprema estadounidense, no pocas decisiones se definen a partir de una estrategia pragmática donde algunos *justices* ceden su voto en temas que no les interesa demasiado, esperando que en el futuro sean apoyados en temas que sí le son muy relevantes, por los primeros *justices* beneficiados por esta táctica. Los jueces, independientemente de si usan o no DCC, se mueven a partir de una dinámica donde buscan persuadir o manipular a sus colegas, además de argumentar frente a ellos, para impulsar sus perspectivas y opiniones.

Ahora bien, en cuanto al riesgo de una posible malinterpretación del DDC, debido a la enorme dificultad de entender con claridad el contexto cultural en que una decisión extranjera se adoptó, insisto: me parece que sí es un riesgo fundado. No obstante, esto no elimina las ventajas que puede aportar el DCC en la justicia constitucional, que son aguijonear la creatividad de los jueces constitucionales, abandonar resoluciones de raíz provinciana e insular y estudiar el propio ordenamiento jurídico con mayor objetividad y distancia. La exigencia, eso sí, es que las cortes constitucionales que apuesten por el uso del DCC, deben determinar el tipo de tribunal y precedentes extranjeros alrededor del mundo que son más cercanos en términos culturales, fijar la metodología para su uso e impulsar áreas dedicadas al estudio del DCC.³¹ De tal manera, que con estas medidas se reduzca el riesgo de usar inadecuadamente las sentencias extranjeras.

Un último comentario: es necesario subrayar que, en términos generales, los académicos y jueces constitucionales que apoyan el uso del DCC en la interpretación constitucional no consideran que éste deba tener un gran peso. No se trata de que su uso sea obligatorio, ni en erigirlo como parámetro definidor de la calidad de una sentencia. Más bien, conscientes de que puede ser manipulado argumentativamente o malinterpretado por las diferencias culturales, entienden que el derecho com-

³⁰ Sobre estos puntos, sugiero: Greenhouse, Linda, *Becoming justice Blackmun. Harry Blackmun's Supreme Court journey*, Estados Unidos de América, Times Books, 2005.

³¹ En varios tribunales, como la Corte Constitucional de Italia y el Tribunal Constitucional de Chile, tienen oficinas dedicadas a compilar y estudiar un acervo de resoluciones extranjeras.

parado es una herramienta práctica, no científica, que puede ser muy útil en la tarea de las cortes constitucionales. Pero es una herramienta más dentro de las muchas que debe utilizar un juez constitucional. Esto se debe a que casi todos los que apoyan el uso del DCC entienden que la interpretación constitucional se nutre de un heterogéneo conjunto de ingredientes. Y, por lo mismo, no se le debe otorgar un peso determinado al DCC, pues en tal caso se volvería esquemático e inflexible. Lo cual sería precisamente lo opuesto a su objetivo principal: azuzar la creatividad en la interpretación constitucional y en la construcción de la legitimidad. Así, según las posturas a favor, el DCC no tendrá una posición vinculante en la interpretación, pero es parte de un propósito medular: elevar el nivel de la conversación de la justicia constitucional.

*

Por último, después de este recorrido por los argumentos a favor y en contra del uso del DCC, es necesario plantear una pregunta clave: ¿cuál es la posición de la Suprema Corte de Justicia en este tema? ¿De qué manera ha aprovechado esta herramienta, tan útil en cortes constitucionales jóvenes en procesos de consolidación como la nuestra?

Al respecto, desafortunadamente, no hay mucho que comentar. La Suprema Corte de Justicia no se ha preocupado por definir de manera clara su posición respecto al DCC: ¿cuál es la metodología idónea para utilizarlo?, ¿qué peso debe otorgársele en el hilo argumentativo de sus resoluciones?, ¿es posible aprovecharlo mediante una estrategia de comunicación social para efectos de su legitimidad? Ninguna de estas y otras preguntas han sido resueltas por la mayoría de los ministros; no obstante, que han tenido oportunidad para ello.

Ese fue el caso de la sesión de pleno de ministros del 17 de abril de 2007,³² donde el ministro José Ramón Cossío, más allá de plantear un determinado proyecto de resolución, sugirió también discutir el tema del uso del DCC.

Hemos tenido una discusión importante acerca de cómo debemos citar, si es que debemos citar doctrina extranjera; en algunas ocasiones se ha dicho la doctrina más autorizada, en otras ocasiones se ponen las citas de

³² Se trata de la discusión correspondiente al siguiente asunto: Amparo directo en revisión 498/2006, promovido en contra de la resolución del 26 de noviembre de 2003, dictada por el Magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Tercer Circuito, en el toca penal de apelación número 413/2003-III.

los autores, en otras ocasiones no, ahí tenemos una diferencia. Yo hasta donde sé no hemos hecho esto mismo con sentencias de derecho comparado, no con sentencias de derecho internacional, por ejemplo el de la Corte Interamericana, que en ese caso sí las planteamos [...] porque sí me parece importante que esta Suprema Corte, no por vía de fuente del derecho pero sí como referencia a la construcción de sus criterios, pueda incorporar razonamientos de derecho comparado [...] Entonces simplemente, y en caso de llegar a eso, dejo la reflexión para que en su caso pudiéramos también ver cómo nos enfrentaríamos, primero si vamos a usar ese derecho comparado o no, y segundo, qué tipo de identificación le daríamos.³³

Salvo el interés en el tema de algunos otros ministros, como Juan Silva Meza y Genaro Góngora Pimentel, en esa ocasión la mayoría de ministros se avocó a resolver el fondo del asunto, sin aprovechar este guiño para discutir su posición frente al DCC y, en su caso, definir el uso que le darían. A los dos años, la Suprema Corte, en una publicación colectiva, ofreció su posición institucional respecto el uso del DCC:

Los ministros hacen referencia cada vez más a sentencias emitidas por tribunales internacionales de derecho humanos y por otros tribunales constitucionales, a fin de apoyar sus argumentos, sea a través de sus proyectos o en las deliberaciones. La utilización de este recurso no vinculatorio, es ponderada por cada uno de los ministros, ya que no existe ningún documento administrativo en donde se defina alguna metodología o lineamientos para su empleo.³⁴

Es decir, hasta el momento, para nuestra Suprema Corte el DCC es una herramienta cuya relevancia queda a criterio de cada uno de los ministros. A ellos les corresponde determinar que tan útil les resulta para fortalecer sus posturas y, en su caso, con qué frecuencia lo aprovechan en las deliberaciones. Esto ha resultado en que el DCC se use muy poco, en no pocas ocasiones incorrectamente, de manera no sistemática y sin una reflexión seria respecto sus ventajas y riesgos en la justicia constitucional.

¿Por qué esta falta de interés de la mayoría de los ministros en el uso del DCC? La respuesta, me parece, se encuentra en la manera en que

³³ Versión estenográfica correspondiente a la sesión del pleno de ministro de la Suprema Corte de Justicia del 17 de abril de 2007.

³⁴ Suprema Corte de Justicia de México, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales de Iberoamérica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, p. 687.

éstos consideran que debe leerse la Constitución. No olvidemos que, como señala Aharon Barack, el interés y la relevancia que se le otorga al DCC depende en buena medida del método interpretativo que se elija para trabajar con la constitución. Así, si se opta porque ésta sea leída de manera sistemática y de acuerdo a las circunstancias actuales de una sociedad, aprovechando aquellos elementos que coadyuven a tal ejercicio interpretativo y con el objetivo último de darle vida institucional a los principios de una democracia liberal, entonces, el uso DCC se erige en una herramienta tan relevante y útil como la doctrina o los *amicus curiae*.³⁵

No obstante, hasta el momento, el método interpretativo dominante al interior de la Suprema Corte es el llamado legalista o textualista, el cual desdeña cualquier elemento que pueda aguijonear la creatividad en la tarea interpretativa —sea DCC, sentencias y criterios de tribunales internacionales, doctrina, etcétera—, circunscribiéndose a los alcances y límites estrictamente semánticos del texto constitucional.³⁶ Así, mientras se mantenga este tipo de lectura de los dispositivos constitucionales, no será sencillo que haya un lugar relevante para el uso del DCC. Y lo que esto significa: se seguirán resolviendo los conflictos constitucionales a partir de un método interpretativo que difícilmente eleva el nivel de la conversación constitucional.

³⁵ Además de las obras ya citadas de Aharon Barack, sugiero: *The Judge in a Democracy*, Estados Unidos de América, Princeton University Press, 2006, pp. 197-204.

³⁶ Sugiero una interesante investigación empírica sobre el tema: Magar, Eric *et al.*, “Legalist vs. Interpretativist: the Supreme Court and the Democratic Transition in México”, *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper No. 1499490, noviembre de 2009.