



# ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

18  
2014

Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional

ISSN: 1138-4824, Madrid

2014, núm. 18

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

## CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR: Francisco Fernández Segado  
SECRETARIO: Alberto Oehling de los Reyes

## VOCALES

Raúl Canosa Usera. *Universidad Complutense de Madrid*  
Domingo García Belaunde. *Pontificia Universidad Católica del Perú*  
Ricardo Haro. *Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*  
Jorge Miranda. *Universidad de Lisboa*

## CONSEJO ASESOR

### ARGENTINA

Walter F. Carnota. Univ. Buenos Aires  
Alberto R. Dalla Via. Univ. Buenos Aires  
Antonio María Hernández. Univ. Nal. Córdoba  
Juan Carlos Hitters. Univ. de La Plata  
Dardo Pérez Guilhou. Univ. Nal. del Cuyo  
Daniel Alberto Sabsay. Univ. Buenos Aires  
Néstor Pedro Sagüés. Univ. Buenos Aires  
Jorge Reinaldo Vanossi. Univ. Buenos Aires  
Alberto Zarza Mensaque. Univ. Nal. Córdoba

### BOLIVIA

Jorge Asbun Rojas. UPSA  
Pablo Dermizaky Peredo. Univ. San Simón  
Benjamin Miguel Harb. Univ. San Andrés  
Luis Ossio Sanjinés. Univ. Andina  
José Antonio Rivera Santiviáñez. Univ. San Simón

### BRASIL

José Afonso da Silva. Univ. São Paulo  
Celso Antônio Bandeira de Mello. Univ. Católica São Paulo  
José Carlos Barbosa Moreira. Univ. Rio de Janeiro  
Luis Roberto Barroso. Univ. Rio de Janeiro  
Paulo Bonavides. Univ. F. Ceará  
Dalmo A. Dallari. Univ. São Paulo  
Ivo Dantas. Univ. F. Pernambuco  
Gilmar Ferreira Mendes. Supremo Tribunal Fed.  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Univ. São Paulo  
Eros Roberto Grau. Supremo Tribunal Fed.  
Regina María Macedo Nery Ferrari. Univ. Curitiba  
José M.ª Othon Sidou. Academia Brasileira Letras Jurídicas  
Lenio Luiz Streck. UNISINOS, Porto Alegre.

### COLOMBIA

Manuel José Cepeda Espinosa. Univ. los Andes  
Eduardo Cifuentes Muñoz. Univ. los Andes  
Augusto Hernández Becerra. Univ. Externado  
Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional  
Julio César Ortiz. Univ. Externado  
Carlos Restrepo Piedrahita. Univ. Externado  
Álvaro Tafur Galvis. Corte Constitucional  
Jaime Vidal Perdomo. Corte Constitucional

### COSTA RICA

Rubén Hernández Valle. Univ. de Costa Rica  
Luis Paulino Mora Mora. Tribunal Supremo

### CUBA

Diego F. Cañizares Abeledo. Univ. La Habana  
Eduardo Lara Hernández. Unión Nac. Juristas

### CHILE

José Luis Cea Egaña. Univ. Católica  
Humberto Nogueira Alcalá. Univ. Talca  
Lautaro Ríos Álvarez. Univ. Valparaíso  
Fernando Saenger Gianoni. Univ. Católica de Concepción  
Alejandro Silva Bascuñán. Univ. Central

### ECUADOR

Rodrigo Borja. Univ. de Quito  
Oswaldo Cevallos Bueno. Tribunal Constit.  
Hernán Salgado Pesantes. Univ. Católica

### EL SALVADOR

Salvador Enrique Anaya. Univ. El Salvador  
Mario Antonio Solano Ramirez. Trib. Supremo

### ESPAÑA

Eliseo Aja. Univ. Barcelona  
Óscar Alzaga. UNED  
Miguel Ángel Aparicio. Univ. Barcelona  
Manuel Aragón Reyes. Trib. Constitucional  
Roberto L. Blanco Valdés. Univ. Santiago  
José Luis Cascajo. Univ. Salamanca  
Javier Corcuera Atienza. Univ. País Vasco  
Pedro Cruz Villalón. Univ. Autónoma Madrid  
Eduardo Espín Templado. Tribunal Supremo  
Teresa Freixes Sanjuán. Univ. Autónoma de Barcelona  
Manuel B. García Álvarez. Univ. León  
Mariano García Canales. Univ. Murcia  
Javier García Fernández. Univ. Alicante  
Ángel García Roca. Univ. Valladolid  
Ángel Garrorena Morales. Univ. Murcia  
Pedro J. González-Trevijano. Univ. Rey Juan Carlos  
Javier Jiménez Campo. Tribunal Constitucional  
Juan Fernando López Aguilar. Univ. Las Palmas  
Luis López Guerra. Univ. Carlos III  
Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Tribunal Supremo  
Raúl Morodo Leoncio. Univ. Complutense  
Joan Oliver Araújo. Univ. Islas Baleares  
Alberto Pérez Calvo. Univ. Pública Navarra  
Pablo Pérez Tremps. Tribunal Constitucional  
Antonio Porras Nadales. Univ. Sevilla  
Francisco Rubio Llorente. Consejo Estado  
Pedro de Vega. Univ. Complutense  
Jaume Vernet i Llobet. Univ. Tarragona

### GUATEMALA

Jorge Mario García Laguardia. UNAM-Univ. de San Carlos  
Carmen M.ª Gutiérrez de Colmenares. Tribunal Constitucional

### HONDURAS

José Rolando Arriaga M. Tribunal Supremo

### MÉXICO

José Barragán Barragán. UNAM  
José Ramón Cossío D. Suprema Corte de Just.  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor. UNAM.  
Héctor Fix-Zamudio. UNAM  
Sergio García Ramírez. Corte Interamericana  
Mario Melgar Adalid. UNAM

J. Jesús Orozco Henríquez. Tribunal Electoral Federal  
José Ovalle Favela. UNAM  
José Luis Soberanes Fernández. Comisión Nacional de Derechos Humanos  
Diego Valadés. UNAM  
Salvador Valencia Carmona. UNAM  
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. UNAM

### NICARAGUA

Iván Escobar Fornos. Tribunal Supremo

### PANAMÁ

Arturo Hoyos. Tribunal Supremo  
Francisco Rodríguez Robles. Univ. de Panamá

### PARAGUAY

Luis Lezcano Claude. Tribunal Supremo  
Jorge Seall-Sasiain. Univ. de la República

### PERÚ

Enrique Bernaldes Ballesteros. Univ. Católica del Perú  
Alberto Borea Odría. Univ. del Perú  
Francisco J. Eguiguren Praelf. Univ. Católica  
César Landa Arroyo. Univ. Católica  
Marcial Rubio Correa. Univ. Católica del Perú

### PORTUGAL

José J. Gomes Canotilho. Univ. Coimbra  
Vital M. Moreira. Univ. de Coimbra  
Afonso d'Oliveira Martins. Univ. Os Lusíadas  
María Fernanda Palma. Tribunal Constitucional  
Marcelo Rebelo de Sousa. Univ. de Lisboa

### URUGUAY

Rubén Correa Freitas. Univ. de la Empresa  
Eduardo Esteva Gallicchio. Univ. Católica  
Daniel Hugo Martins. Univ. de Punta del Este  
Martín Riso Ferrand. Univ. Católica de Uruguay

### VENEZUELA

Asdrúbal Aguiar Aranguren. Univ. Cat. Andrés Bello  
José Guillermo Andueza. Univ. Central de Venezuela  
Carlos M. Ayala Corao. Univ. Católica Andrés Bello  
Allan R. Brewer-Carias. Univ. Central de Venezuela  
Josefina Calcaño de Temeltas. Academia de Legislación y Jurisprudencia  
Ricardo Combellas. Univ. Central de Venezuela

# LOS MÚLTIPLES USOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

WALTER F. CARNOTA\*

## SUMARIO

I.—A MODO DE INTRODUCCIÓN. II.—LAS CLASIFICACIONES. III.—DE LO EMPÍRICO A LO NORMATIVO. IV.—EN DEFENSA DEL CONTEXTO. V.—EL FUNCIONALISMO. VI.—EL EXPRESIVISMO. VII.—LA TENTACIÓN IRRESISTIBLE AL ARGUMENTO DE AUTORIDAD. VIII.—LA IMPOSICIÓN. IX.—LA PERDURABILIDAD. X.—LA ARTICULACIÓN DE LOS ÓRDENES INTERNO E INTERNACIONAL. XI.—A MODO DE CONCLUSIÓN. XII.—BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El Derecho Constitucional Comparado se presenta como una realidad polifacética. No sólo emplea clasificaciones, sino que cada vez se preocupa más por los contextos, sean éstos históricos, políticos, económicos o sociológicos. No le basta con describir la norma jurídica, sino que también se va a adentrar en su efectivo funcionamiento. Las Constituciones no sólo prescriben; contienen una historia y expresan valores y aspiraciones de una sociedad. Generalmente, la norma extranjera es admitida sin coerción, como un argumento de autoridad para fortalecer tal o cual posición. Sin embargo, excepcionalmente, puede haber una imposición del modelo utilizado, en un escenario pos-bélico. La globalización ha hecho que cada vez más ingresen contenidos de derecho internacional a la Constitución. Cómo ingresan los mismos también es tarea del comparatista.

*Palabras clave:* Derecho Constitucional Comparado; Elaboración e interpretación de las normas constitucionales; Usos del Derecho Constitucional Comparado.

---

\* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (UBA). Catedrático Regular de Derecho Público de la Facultad de Derecho UBA y de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Miembro de la Mesa Ejecutiva del Comité de Estudios Judiciales Comparativos de la Asociación Mundial de Ciencia Política (IPSA).

## ABSTRACT

Comparative Constitutional Law is a multi-faceted reality. It not only classifies; it increasingly pays respect to context, whether it is historical, political, economic or sociological. It is not enough to analyze legal rules; it is necessary to query about how it works. Constitutions not only prescribe; they are products of history and express values and aspirations of a given society. Generally, foreign rules are admitted without coercion, as an auxiliary tool for argumentative purposes. Exceptionally, imposition may occur in post-bellum scenarios. Globalization has made Constitutions more international-minded. How international norms make their way into domestic law is also purview of Constitutional Comparative Law.

*Key words:* Comparative Constitutional Law; Constitutional Design and Interpretation; Usages of Comparative Constitutional Law.

## I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Hay modernos edificios que cuentan con un área especial, de difícil definición y encasillamiento, que no es nada y es todo: el llamado «salón de usos múltiples». Pues bien: con el Derecho Constitucional Comparado acontece algo similar. La utilización que le brindemos puede pasar por una variada gama de «aplicaciones» (para decirlo con la jerga informática): algunas tópicas, otras menos previsibles, otras aún más insospechadas.

El Derecho Constitucional Comparado hoy compite con su cariz poli-facético y cosmopolita (Stone Sweet<sup>1</sup> nos habla de un «orden jurídico cosmopolita») tanto con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como con el Derecho Comunitario. Sin embargo, hay un elemento diferencial a computar de suma relevancia: éstos últimos son generalmente de aplicación compulsiva, según el ordenamiento jurídico de que se trate. Al contrario, el empleo del Derecho Constitucional Comparado aparece -en principio- más libre e incondicionado para el operador jurídico, en especial, para el judicial. Está más imbuido de *auctoritas* que de *imperium*. De allí que el recurso al «dato comparativo» resulte de interés aún mayor, dado su mayor calidad persuasiva y de derecho indicativo o «Soft Law», con algunas excepciones como también veremos a lo largo del presente ensayo. En definitiva, la discusión persuasión/imposición se inscribe en un marco aún mayor, dado que:

«la historia del constitucionalismo muestra que el sistema constitucional ha sido la respuesta a un diálogo permanente entre *potestas* y *auctoritas*. Un diálogo que se manifiesta en la búsqueda del hombre por encontrar una forma de organización para asegurar un orden co-

<sup>1</sup> STONE SWEET (2012):1.

mún que posibilite el desarrollo individual y colectivo, con el mayor respeto de su libertad. La relación entre *potestas* y *auctoritas* se problematiza de modo particular en la zona de indefinición entre dos conceptos derivados del concepto de Constitución: la reforma constitucional y la interpretación constitucional».<sup>2</sup>

De esta manera, el Derecho aparece en permanente movimiento:

«Los flujos que individualizan la movilidad del Derecho varían en el tiempo y superan las barreras lingüísticas y culturales: son conocidos los casos de la difusión del Derecho privado suizo en Turquía, del derecho romano-holandés en Sudáfrica, o del Derecho alemán en China. La disparidad entre los dos polos de la movilidad en dichos casos resulta más que evidente pero, en general, es correcto afirmar que ningún ordenamiento jurídico es enteramente ‘puro’, autóctono o autoproducido. Cuando se citan dichos ejemplos es importante tener en cuenta, además, que no se trata del fenómeno de la extensión del mundo ordenamiento jurídico de un Estado a un territorio separado (situación típica que se produce como consecuencia de ocupaciones de tipo militar o colonial), sino del distinto y más complejo caso de la recepción por parte de un Estado de porciones más o menos relevantes del Derecho de uno o más ordenamientos».<sup>3</sup>

Se advierte de ese modo flujos, que dan lugar a la circulación de modelos por todo el orbe, máxime en épocas de globalización:

«Existen diversas fórmulas por las cuales las normas y las relaciones jurídicas son influenciadas (vía imposición, recepción, clonación, etc.) y dan lugar a cambios legales significativos: se transfieren así unas instituciones jurídicas de unos Ordenamientos a otros, de modo que se agilicen las soluciones a problemáticas sobrevenidas, aceleradas con la globalización. Por tanto, aquellos mecanismos hábiles para dar cabida a influencias externas, que ofrece el derecho comparado y global, son los trasplantes jurídicos (*lato sensu*). Dichos trasplantes no provienen únicamente de legisladores, sino también de jueces y académicos, dentro de los límites admisibles de compatibilidad de los diferentes sistemas. Incluso, más allá de las elites de poder, los trasplantes pueden proceder de la práctica cotidiana con la que se rigen las bases sociales inmigradas. Y es que, los trasplantes han sido fundamentales para la construcción y transformación del Derecho en el mundo, en temas como el comercio de las multinacionales, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores de las fuerzas religiosas, los esfuerzos de integración regional y la globalización, y demás ejemplos, siendo todos ellos factores

<sup>2</sup> MÉNDEZ MADDALENO (2012):50.

<sup>3</sup> AJANI (2010):62.

poderosísimos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en el deber mundial».<sup>4</sup>

Los trasplantes —concepto «bio-constitucional» si lo hay— denotan el fenómeno con exactitud, ya que como dice Scheppele<sup>5</sup>, siguiendo en el punto a Watson:

«Después de todo, el ‘trasplante jurídico’ es la mejor metáfora para las prácticas de tomar cortes de documentos de cualquier lugar y dejar que se radiquen en el suelo constitucional propio. Los cortes en general crecen como la planta de la cual provienen, pero a veces se ramifican y crecen en direcciones totalmente diferentes. También pueden morir por mal mantenimiento, atónitas por poco apoyo o incentivadas a mejorar la performance de la original por condiciones superiores».

## II. LAS CLASIFICACIONES

La ciencia político-constitucional comenzó clasificando las formas de gobierno<sup>6</sup> y Aristóteles bien puede ser considerado como el primer comparatista por sus análisis sobre el óptimo diseño de las constituciones de las ciudades-estado griegas<sup>7</sup>, de la que sólo se conserva fragmentariamente la de Atenas<sup>8</sup>. En relación a esta etapa pre-moderna, Pegoraro y Rinella<sup>9</sup> indican que:

«En la antigüedad griega y romana, y en el medioevo, la comparación jurídica tiene una dimensión sustancialmente interna y empírica. Sin embargo, en una fase precedente al siglo XIX, algunos grandes juristas, con sus estudios y la elaboración de conceptos jurídicos nuevos, contribuyen en algún modo al nacimiento del derecho comparado, aunque faltos de conocimientos históricos exactos, pudiendo con ello considerarse como auténticos precursores».

Con la aparición del federalismo, catalogamos las formas de Estado, en la relación del poder con el espacio constitucional. Todas las clasificaciones que se han vertebrado en sede teórica y han dado lugar a agrupaciones delimitadas como familias (sistemas difusos vs. concentrados de justicia constitucional; formas gubernativas parlamentaristas vs. presiden-

<sup>4</sup> SÁNCHEZ-BAYON (2012):76.

<sup>5</sup> SCHEPPELE (2003):297.

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN (1979): 41.

<sup>7</sup> DIXON y GUINSBURG (2011):1.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES (2000).

<sup>9</sup> PEGORARO y RINELLA (2006):8.

cialistas; estructuras federales o unitarias de Estado) son útiles en tanto intentos epistemológicos primarios por conferir cierto orden a la realidad que aparece de suyo caótica o sin un encuadre original.

Empero, las taxonomías no son todo. Siempre podremos encontrar un caso aislado, un ejemplo rebelde al molde, «una excepción que confirme la regla», expresión ésta última que sirva para colocar a quien la hace en una actitud o pose defensiva respetable.

No resolvemos mucho si creamos una categoría ecléctica en donde ubicar a todas las excepciones. Pictet y Mélin-Soucramanien<sup>10</sup> detectan «régimenes mixtos» entre el presidencialismo y el parlamentarismo, como Austria, Finlandia, Irlanda, Francia luego de 1958 y Rusia después de 1993. Empero, previenen que:

«los régimenes mixtos no pueden constituir, en razón de su naturaleza misma, una categoría homogénea. Es necesario agregar que existen diferencias extremas en lo que concierne a los Estados por su superficie, su población, su pasado histórico o su nivel económico. Aun si algunas características comunes pueden encontrarse, será en vano buscar establecer una unidad que no puede ser sino artificial».

### III. DE LO EMPÍRICO HACIA LO NORMATIVO

¿Es la misión del Derecho Constitucional Comparado puramente descriptiva? ¿Bastará con elaborar taxonomías, sistematizar clasificaciones diversas, bosquejar contextos que dan marco y ocasión a las instituciones de que se trate? ¿Su función se agota en el simple cotejo empírico, o busca, a la postre, encontrar alguna directriz y proyectarse hacia «óptimos constitucionales»?

Pensemos que el Derecho Constitucional ofrece pluralidad de dimensiones, y todas ellas merecen atención<sup>11</sup>:

«La premisa de la que debemos partir a tal efecto es la del carácter bidimensional del Derecho Constitucional. Cualquier intento de explicación de nuestra ciencia en función de una sola variable, lo jurídico, creemos que debe ser descartado. Es preciso complementar esa visión jurídica con la dimensión socio-política, sin que ello suponga desconocer que estamos en presencia de una disciplina de acusado carácter jurídico».

Puede afirmarse que el sustrato del Derecho Constitucional son hechos, producidos tanto por detentadores cuanto por destinatarios del poder, que

<sup>10</sup> PICTET y MÉLIN-SOUCRAMANEN (2011):

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ SEGADO (1995): 333.

luego hallarán un encuadre normativo. Sortear la maraña de hechos no es tarea sencilla. Ya Grimke en el siglo XIX prevenía que:

«El gobierno es una ciencia solamente de lo que es, y lo que debe él ser, sino de lo que pueda hacer que sea. Reúne así en sí mismo las dificultades de todas las otras ciencias, y conduce a disquisiciones mas complicadas que ninguna de ellas. No podemos crear nuevos hechos, pero podemos variar indefinidamente las combinaciones de lo que conocemos. Por lo mismo, se necesita hacer un penoso esfuerzo para aplicar la verdad abstracta a esas diversas combinaciones de los hechos, y pocos son capaces de consagrarse a esa tarea».<sup>12</sup>

Si comparamos es porque en algún nivel profundo (*deep down analysis*) deseamos hallar un óptimo. Esto se ve a las claras en los mapas del diseño constitucional (*constitutional design*). Podemos, por caso, intentar medir el grado de interrelación del Ejecutivo con el Legislativo (Loewenstein hablaba de la interdependencia por integración, diferente de la interdependencia por coordinación, para distinguir al parlamentarismo del presidencialismo<sup>13</sup>). Detrás de esas elucubraciones, se procura establecer que el poder no se encuentre concentrado en unas pocas manos, sino que se presente equilibrado. Se valora como negativo, nocivo o inconveniente que el poder se centre en un solo foco y no se reparta en un sistema abierto.

Un campo fértil en el derecho comparado para este tipo de debate ha sido el de los derechos fundamentales, ya que como enseñase Jackson<sup>14</sup> en su momento, es en ésta área donde la comparación se presta más a constituir una ayuda al constitucionalista, que en el terreno de las estructuras institucionales o diseño del poder. Y dentro de la vasta gama de derechos fundamentales, es el conflicto entre ellos (su gradación, su jerarquía, el desplazamiento de uno por otro) el que ha suscitado variadas repercusiones en el registro comparado, pero también en el campo de la filosofía moral y política.

Así, Zucca<sup>15</sup> señala que:

«Los listados, cartas o declaraciones de derechos, contienen listas muy similares de normas de derechos fundamentales. Hoy en día forman parte de todo sistema jurídico interno. Un sistema de protección de los derechos fundamentales a menudo está también disponible, aunque esto pueda variar considerablemente. A menudo, los derechos fundamentales han sido diferenciados en distintas oleadas o genera-

<sup>12</sup> GRIMKE (1870): VI.

<sup>13</sup> LOEWENSTEIN (1979):132.

<sup>14</sup> JACKSON (2003):91.

<sup>15</sup> ZUCCA (2011):32.



ciones. Esto ha sido un intento de proporcionar una tipología de derechos fundamentales en relación con su contenido. Me gustaría sugerir que las teorías de los derechos fundamentales se quedan cortas de argumentos cuando se trata de decidir sobre conflictos genuinos de derechos fundamentales».

Como bien enseñaba Konrad Hesse:

«El significado del Estado para con la libertad se refuerza en este mundo crecientemente complejo y limitado, cuyos recursos vitales escasos impiden la extensión de los espacios de libertad, espacios que incluso se ven actualmente reducidos. En efecto, la libertad de unos amenaza con chocar con la libertad de otros. Por ello se necesita más que antes la delimitación, la asignación de espacios de libertad. Esto se percibe con especial claridad, por ejemplo, en el ámbito de la libertad económica, pero también en el de la política educativa. Y de igual modo, en el caso de la libertad de comunicación, pues dado el contexto de desarrollo tecnológico de los medios modernos (prensa, radio y televisión), se hace necesaria una atribución de libertad concurrente»<sup>16</sup>.

La temática de la libertad es de suyo compleja y ofrece diversas aristas que por su relevancia exceden al de una mera descripción. El «constitucionalismo aspiracionista» intenta auscultar en una diversidad de modelos el más apto de acuerdo a los ideales del Estado de Derecho.

Así, la Constitución es una obra «en progreso» imantada por un ideal, que no termina logrando concreción, porque siempre van a surgir nuevas necesidades que reclamen satisfacción. Al decir de Balkin<sup>17</sup>,

«La Constitución, y por tanto la Constitución en la práctica, siempre existe como naturaleza caída. Fue hecha por personas imperfectas en tiempos imperfectos, en la esperanza de que las futuras generaciones la mejorarían. Es un edificio sin terminar, y perpetuamente en necesidad de renovación y reparación».

#### IV. EN DEFENSA DEL CONTEXTO

Tal como recalcase Norberto Bobbio, al indagar sobre una norma o institución determinada, no sólo debe atenderse al tenor literal de la regla enunciada, a su texto (lo cual dará pie, entre otras cosas, para abonar posiciones interpretativas textualistas como la de Scalia), sino también a su contexto.

<sup>16</sup> HESSE (2012):153.

<sup>17</sup> BALKIN (2011):249.

Poca es la información más allá de lo estrictamente prescriptivo que nos suministra el texto. Por el contrario, las provisiones gramaticales o lexicales deben ser necesariamente enriquecidas por el *contexto*. Al decir de la Profesora de la Universidad de Harvard Vicki Jackson,

«Se ha argumentado que el derecho público es dependiente de los derroteros seguidos en las opciones institucionales iniciales, y que de ese modo requiere que se preste atención a los sistemas operando en su propio contexto... Muchos estudios de derecho constitucional comparado se preocupan por cuestiones de contexto y particularidad»<sup>18</sup>.

Entiende su colega de Universidad Mark Tushnet, que el contextualismo

«enfatisa el hecho de que el derecho constitucional está profundamente enraizado en los contextos institucionales, doctrinales, sociales y culturales de cada nación, y que probablemente erraremos si intentamos pensar en alguna doctrina o institución específica sin apreciar el modo en que se encuentra vinculada a todos los contextos en los cuales existe. Los estudios comparados contextuales vienen de muchas formas —históricos y etnográficos, por ejemplo».<sup>19</sup>

Si, para el caso, estudiamos la «revolución norteamericana», caeremos en la cuenta, desde un enfoque contextualista, que:

«La llamada revolución americana tuvo lugar casi cien años después del triunfo de la revolución inglesa y sólo de una forma muy relativa puede ser considerada como una auténtica revolución. No lo fue, desde luego, en cuanto a su planteamiento, ya que lo allí sucedido puede y debe ser descrito más como un proceso de emancipación de las colonias de América del Norte que como una revolución en sentido estricto. Pero sí lo fue en cuanto a sus consecuencias, ya que a resultas de este proceso se consolidó en aquella parte del mundo un profundo cambio en la forma de comprender y organizar la vida política»<sup>20</sup>.

Así, el contexto suele controlar. Lo dicho hasta acá acerca del contextualismo es válido no sólo cuando analizamos normas de alcance o rango general, como una Constitución o un tratado internacional, una ley del Parlamento o un reglamento de las administraciones públicas. También tiene materialidad el contexto a la hora de examinar sentencias. Así, Dixon y Ginsburg<sup>21</sup> han afirmado que, por ejemplo, la Corte Constitucional suda-

<sup>18</sup> JACKSON (2012):66.

<sup>19</sup> TUSHNET (2008):10.

<sup>20</sup> GARRORENA MORALES (2013): 31.

<sup>21</sup> DIXON y GINSBURG (2012): 29.

fricana ha matizado con el estudio del contexto y de los entendimientos históricos las cláusulas sobre derechos económicos y sociales.

Se preconiza que el Derecho Constitucional no sólo se dedique a los dichos de los tribunales (lo que ha sido criticado como «*court-centric studies*»), sino que tienda puentes transdisciplinarios con otras ciencias sociales como la política, la sociología, la economía y la antropología.

La variable histórica no ha sido a veces suficientemente profundizada. Así, hay que conjugar que:

«Otra rama académica que investiga los siglos XIX y XX son, por supuesto, las ciencias históricas mismas. No obstante, en cuanto a América Latina los respectivos autores casi no tocan el constitucionalismo histórico, sino prefieren en su gran mayoría enfoques socio-económicos. Sin embargo, no debe ignorarse que las ciencias históricas definen los estándares metodológicos también para una historiografía especializada como la historia del derecho y su subrama del constitucionalismo histórico. Este nexo de la historia constitucional aún no es aceptado por todos, pues en América Latina existe una tradición fuerte de tratar la historia constitucional como un mero anexo de la teoría constitucional».<sup>22</sup>

El telón de fondo (*backdrop*) de las resoluciones judiciales resulta muy útil para su cabal comprensión. El mejor ejemplo es el célebre caso *Marbury v. Madison* de la pluma del *Chief Justice* John Marshall. Se ha afirmado con acierto que:

«Con ésta el célebre jurista lo que hizo fue intentar dar solución a un conflicto entre facciones, conservando la estructura constitucional de 1787 en un momento en que aquel peligro se cernía sobre ella, y con el fin de mantener el fortalecimiento de las instituciones federales que ya estaba progresando. Pero, al dejar claro que es ‘competencia y deber del poder judicial qué es el Derecho’ (*the province and duty of the judicial department to say what the law is*), abrió una nueva vía para resolver conflictos constitucionales que perdura con autoridad hasta hoy».<sup>23</sup>

Es que, en definitiva,

«Aunque había algún precedente histórico y jurídico para la posición de Marshall, fue un movimiento certero y decisivo. Aunque la decisión hizo una clara distinción entre cuestiones de derecho (a cargo de los tribunales) y de política (a cargo de la legislatura y del eje-

<sup>22</sup> MARQUARDT (2009):13.

<sup>23</sup> CUEVA FERNANDEZ (2011):441.

cutivo), resultaba claro que el poder vital de determinar la ubicación y extensión de esas zonas separadas residía en la Suprema Corte». <sup>24</sup>

Por lo demás, se requiere una visión mucho más sistémica, como previenen Ginsburg y Dixon <sup>25</sup>, amén de estudiar la jurisdicción constitucional:

«Hay muchas otras instituciones constitucionales que usan y hacen derechos: las comisiones de derechos humanos, las comisiones sobre corrupción, jueces de instrucción, defensores del pueblo y legislaturas, por nombrar unos pocos. Los actores legales fuera de los tribunales -tales como las organizaciones no gubernamentales, los grupos religiosos, la policía, los fiscales- todos han internalizado entendimientos constitucionales. Estos otros lugares de práctica jurídica constitucional no han sido objeto de muchos estudios comparativos, pero seguramente deberían serlo».

Es que, como bien se encargó de demostrar Epp <sup>26</sup>:

«Los derechos están condicionados a la extensión de la estructura de apoyo para la movilización jurídica. Bajo condiciones en donde la estructura de apoyo es profunda y vibrante, la atención judicial a los derechos puede ser sostenida y vigorosa; bajo condiciones en donde la estructura de apoyo es hueca y débil, la atención judicial a los derechos será probablemente intermitente e ineficaz. Adicionalmente, los derechos constitucionales han probado ser considerablemente variables en el tiempo. En esas instancias en donde los derechos constitucionales han permanecido sin desarrollo por la interpretación judicial, ello ha sido porque quienes abogaron por los derechos tuvieron poca capacidad de seguir sus reclamos en los tribunales».

Por lo demás, también hay que tener en cuenta a los destinatarios de las decisiones que produce el aparato judicial:

«El auditorio de las decisiones judiciales se extiende más allá de los litigantes, o de otras instituciones legisferantes; abarca elites informadas en la profesión jurídica, la academia jurídica y las universidades en general; y el público. Los diferentes sectores de este auditorio tiene convicciones diferentes, a veces fuertemente mantenidas, acerca del enfoque propio a la interpretación constitucional y legal». <sup>27</sup>

Dentro de los estudios constitucionales, en cambio, grande ha sido la tentación de caer en aproximaciones insulares y autistas de normas e ins-

<sup>24</sup> HUTCHINSON (2012): 69.

<sup>25</sup> GINSBURG y DIXON (2011): 13.

<sup>26</sup> EPP (1998):198.

<sup>27</sup> VERMEULE (2011): 164.

tuciones, cual espasmos legislativos, y confrontarlas sin mayor análisis ni detenimiento contextual, con las provenientes de otras latitudes. Ello no sólo ha acontecido en el Derecho Constitucional, sino también en el sub-constitucional. Al decir de Piña, en el campo del derecho laboral:

«Al ingresar en el amplio y complejo campo del Derecho Comparado, es conveniente expresar algunas precisiones técnicas, con el objeto de situar la indagación comparativa en términos que resulten adecuados para enriquecer, para confirmar o para analizar la experiencia nacional. Resulta menester la solvencia técnica para evadir el recurso empírico, acientífico y estéril de referir leyes, para en cambio, transmitir modos prácticos de concretar las relaciones de trabajo. Es antigua advertencia, de los comparatistas que el Derecho Comparado no es catálogo de normas extranjeras sino un conjunto de experiencias no nacionales, respecto de ciertas conductas que son jurídicamente relevantes».<sup>28</sup>

Este ejercicio solipsista rara vez fructifica porque se encuentra completamente desgajado de la realidad que generó a la norma en primer lugar. Al decir de De Vergottini,<sup>29</sup>

«El estudio del derecho extranjero ha de realizarse con la mayor precisión posible para lograr su conocimiento efectivo y que éste sea útil para el sucesivo examen comparativo. Así, debería obtenerse un conocimiento general de la historia constitucional, del sistema de fuentes y de la aplicación real de la normativa constitucional para, de esta forma, encuadrar cada instituto objeto de un futuro examen comparado en el apropiado contexto de referencia».

La comparación del texto y del contexto, con otros textos y contextos, puede ser científicamente significativo. El contexto enmarca al texto; lo explica, le da sentido y virtualidad. Así, cada norma constitucional posee su historia propia.

## V. EL FUNCIONALISMO

Una vertiente por donde pueden decantar los contextos es el estudio funcionalista de las instituciones, encarado por la sociología norteamericana desde al menos sesenta años atrás. A diferencia del positivismo de cuño normativista, el funcionalismo se adentra en la «fisiología» de la institución, para auscultar su dinámica, su vida, su evolución.

<sup>28</sup> PIÑA (2007):198.

<sup>29</sup> DE VERGOTTINI (2005):26.

Las instituciones toman una vida propia, más allá —muchas veces— de lo que las prescripciones constitucionales mandan. Un ejemplo está dado por la presidencia de los Estados Unidos, como demuestran Posner y Vermeule:

«Respecto del diseño constitucional originario, sugerimos que la elección de los autores de la Constitución de un ejecutivo independientemente elegido pudo haber creado un riesgo de dictadura en una fecha temprana, pero al presente, las elecciones y factores demográficos independientes —notablemente, la riqueza de su población— ahora aseguran que los Estados Unidos improbablemente se transformen en una dictadura. Las mismas condiciones políticas y económicas que han creado un gobierno ejecutivo fuerte, en el moderno Estado administrativo, han también reforzado los frenos políticos independientes en el accionar presidencial. El resultado es un presidente que disfruta de una enorme autoridad de jure, pero que está constreñido de facto por la reacción de una élite altamente educada y comprometida políticamente, como así también por la opinión masiva»<sup>30</sup>.

Precisamente, el área de conocimiento politológico-constitucional que lleva el nombre de *presidential studies* en los Estados Unidos, es un campo ideal para demostrar que no debemos quedarnos en el estudio de la normativa y, por el contrario, debemos adentrarnos en la dinámica de la «oficina» presidencial norteamericana, tal como lo ha hecho Neustadt<sup>31</sup>, entre otros.

La justicia constitucional muestra análogos desafíos. Para conocer adecuadamente un sistema de justicia constitucional, no basta con saber cómo están compuestos los tribunales respectivos, o qué acciones y recursos activan cuáles procesos constitucionales. Esto es una parte de la narrativa.

Por ejemplo, al estudiar la Suprema Corte de los Estados Unidos, puede enfocarse la cuestión a la luz del análisis del derecho involucrado y del «test» aplicado, según se trate de una matriz de debido proceso sustantivo o de protección igualitaria.<sup>32</sup>

Empero, y para que el relato sea lo más completo y abarcativo posible, resulta necesario indagar en la dinámica por dentro de esas instituciones, y cómo interactúan con los otros actores del sistema.

Ocurre que uno de los Altos tribunales más estudiados en este sentido ha sido la Suprema Corte de los Estados Unidos. Algunas corrientes postularon que los *Justices* actuaban de un modo estratégico frente a los demás insumos provenientes del ambiente<sup>33</sup>:

<sup>30</sup> POSNER y VERMEULE (2012): 318.

<sup>31</sup> NEUSTADT (1980).

<sup>32</sup> FINE (2010):34.

<sup>33</sup> EPSTEIN y KNIGHT (1998):12.

«Para ponerlo en términos sencillos, la toma de decisión estratégica es sobre una elección interdependiente: una acción individual es, en parte, una función de sus expectativas sobre la acción de otros. Decir que un juez de la Corte actúa estratégicamente es decir que es consciente que su éxito o fracaso depende de las preferencias de otros actores y de las acciones que espera que tomen, no sólo de sus propias preferencias y acciones».

Otros, en cambio resaltaron las actitudes (ideas, valores) que los magistrados esgrimían a lo largo del tiempo (lo que dio en llamarse el «modelo actitudinal»<sup>34</sup>).

La bipolaridad votación-principista/votación-estratégica ha sido estudiada en diversos tribunales constitucionales, como el caso de Ecuador.<sup>35</sup> Hay jurisdicciones en el mundo, por lo demás, que por su ingenio y creatividad suscitan interés científico, como ser, por ejemplo, la Corte Constitucional sudafricana. Así, se ha definido a este Tribunal como catalizador:

«La concepción del rol de un tribunal catalizador es uno en el que se ve en interacción productiva con otros actores políticos y jurídicos. La metáfora del catalizador sugiere que el tribunal actúa para bajar la energía política que se requiere para cambiar la protección de los derechos económicos y sociales, o al menos el modo en que el gobierno responde a la protección de los derechos económicos y sociales... El tribunal catalizador muestra los modos eclécticos de revisión judicial adoptados por la Corte Constitucional sudafricana. Por quince años, la corte ha adjudicado derechos económicos y sociales con matices y aptitud, combinando los principios con el pragmatismo para afianzar la visión constitucional *post-apartheid*»<sup>36</sup>.

## VI. EL EXPRESIVISMO

En las últimas décadas, se ha prestado atención a las identidades constitucionales, cómo esos comunes denominadores (que ordinariamente conformarían una «nación») pueden ayudar a entender mejor la organización jurídico-política que conlleva todo programa constitucional. Proverbialmente, hay regímenes —como el alemán de 1949, o el sudafricano de 1993-1996— que estuvieron signados por su historia inmediata anterior de autocracia y exclusión, y por la nueva visión que trasuntaban o «expresaban» los nuevos documentos constitucionales, ya fuese la *Bonner Grundgesetz* o las flamantes constituciones sudafricanas *post-apartheid*.

<sup>34</sup> SEGAL y SPAETH (1993).

<sup>35</sup> BASABE-SERRANO (2012):127.

<sup>36</sup> YOUNG (2012):172.

La mencionada escuela parte también de la base del carácter cultural del fenómeno constitucional<sup>37</sup>. Pero encuentra relieve y valor en sus manifestaciones concretas, sean los Preámbulos constitucionales, los himnos, las banderas o insignias, que podrían conformar —también en la autorizada opinión de don Pablo Lucas Verdu— un «museo de antigüedades y curiosidades»<sup>38</sup> de nuestra materia.

De este modo, el Derecho Constitucional Comparado se aleja de todo paradigma formalista, y se interna en un campo netamente cultural, donde va a prevalecer lo valorativo, ya que los valores son el elemento diferencial entre el mundo natural y el mundo cultural. Al respecto, observa Haberle que:

«Así como, de algún modo, el Preámbulo y las ‘cláusulas espirituales’ conforman un concentrado de la Constitución (*Konzentrat der Verfassung*), el himno nacional también se puede entender e ‘instrumentalizar’, en sentido ideal, de forma análoga. Además deben ser puestos en correlación con los valores fundamentales de la Constitución. Los valores presuponen su ‘espíritu’ y, al mismo tiempo, predeterminan la Constitución histórica de un pueblo, aparte de trazar, en líneas generales, sus esperanzas de futuro»<sup>39</sup>.

En el campo teórico-constitucional, el expresivismo puede hacerse acreedor a un fluir excesivo, que conspira contra una institucionalidad mínima que soporta al mismo Estado constitucional de Derecho. Empero, para la faena comparatista resulta sumamente útil, en cuanto incorpora registros no formales —generalmente, de origen cultural— que de otro modo escaparían al análisis.

## VII. LA TENTACIÓN IRRESISTIBLE AL ARGUMENTO DE AUTORIDAD

Se explicita o no, tanto la doctrina de los autores cuanto la jurisprudencia de los tribunales acude y recurre al «dato comparado» para fortalecer (*buttress*) tesis y adoptadas por el intérprete. Es una especie de «racionalización *ex post facto*»: el Derecho Constitucional Comparado como legitimante de posturas previamente asumidas.

El recurso empobrece en parte a la faena comparatista, pues no se desea ni se intenta conocer —en principio— otros sistemas o sus vigas maestras. A la inversa, sólo se pretende hacer gala de erudición, configurándose de ese modo una suerte de «esnobismo constitucional». Como acota Sola, re-

<sup>37</sup> LUCAS VERDU (1998); HABERLE (2003):23.

<sup>38</sup> LUCAS VERDU (2011).

<sup>39</sup> HÄBERLE (2012):171.



currir a un tribunal extranjero por razones de prestigio representa un problema, dado que el prestigio es «un concepto equívoco».<sup>40</sup>

La ventaja del argumento de autoridad aplicado al Derecho Constitucional Comparado es innegable: facilidad. Se postula tal o cual solución, porque en otras latitudes se la tiene por cierta. Es una versión cosmopolita de lo que suele oírse en las Administraciones Públicas y en las grandes organizaciones burocráticas: «porque siempre se hizo así». Ni se indaga demasiado, ni se matiza: hay un allanamiento al cosmopolitanismo jurídico. Ya Watson prevenía de la superficialidad que podía aquejar a la disciplina comparatista.<sup>41</sup>

No es de suyo incorrecto ni mucho menos acudir como argumentos autoritativos<sup>42</sup> a ejemplos comparativos si los mismos guardan pertinencia (por caso, acudir a los Estados Unidos en materia de separación de poderes<sup>43</sup>). También puede darse con habitualidad entre Estados vecinos, que compartan tradiciones y lenguaje, como aconteció cuando Kelsen consultó para la redacción de la Constitución de Austria de 1920 la de Weimar y la suiza de 1874<sup>44</sup> (encima, ambos Estados también federales). Cuando el recurso se transforma en falacia (*argumentum ad verecundiam* o apelación a la autoridad<sup>45</sup>) es cuando pretende extrapolar una conclusión válida en un determinado contexto, a otro. Ello sucede con frecuencia en el campo del Derecho Constitucional Comparado: lo que es atinente en el presidencialismo, no lo es en el parlamentarismo. Lo mismo ocurre con generalizar prácticas usuales en las estructuras federales, en aquéllas que no lo son desde el inicio.

### VIII. LA IMPOSICIÓN

Como excepción a lo dicho en torno a la circulación de modelos, y su libre e incondicionada aceptación, hay supuestos de diseños constitucionales impuestos por potencias vencedoras luego de un conflicto bélico.

Así, el ejemplo de manual (*textbook case*) es el de Japón, en el cual

«el texto del proyecto de Constitución es preparado por el comando supremo de las fuerzas aliadas y entregado al gobierno japonés que se ve obligado a adoptarla en 1946. El propósito declarado es el de reducir el poder del emperador e imponer una forma de gobierno par-

<sup>40</sup> SOLA (2006):266.

<sup>41</sup> WATSON (1993):10.

<sup>42</sup> ASEFF (2010):378.

<sup>43</sup> VERPEAUX (2012):1.

<sup>44</sup> GAMPER (2013):215.

<sup>45</sup> COPI (1964):69.

lamentario; la decisión constituyente es así preparada por la potencia ocupante y adoptada por el Estado derrotado».<sup>46</sup>

Sin perjuicio de ello, debe aclararse que se cumplieron algunas formalidades respecto del orden jurídico pre-existente:

«El proyecto de la Constitución se originó en los Cuarteles Generales de la autoridad de ocupación, y sufrió revisiones menores a manos del gobierno japonés. A efectos de su sanción, la autoridad suprema militar del Pacífico decidió tratar a la nueva carta como una reforma formal de la Constitución Meiji, y consecuentemente, los pasos de enmienda de la anterior Constitución fueron seguidos escrupulosamente».<sup>47</sup>

La imposición surge, entonces, de situaciones pos-bélicas en donde las nuevas autoridades procuran restablecer el orden perdido acudiendo a un modelo constitucional conocido, o en situaciones de descolonización, en donde el horizonte cultural en cuanto a la fragua de constituciones se halla de algún modo condicionado a las anteriores potencias coloniales (Gran Bretaña, Francia, etc.).

En toda esta temática, siempre va a sobrevolar la discusión acerca de cuánto saben los «expertos» extranjeros acerca del sistema político que se está diseñando, como veremos *infra*.

No sólo Occidente supo «exportar» sus instituciones, tal como ilustramos con el conocido caso japonés, o el menos citado alemán. También durante cuarenta años, la ex Unión Soviética supo conformar el llamado «bloque oriental», formado por los Estados «satélites» a Moscú quienes diseñaron sus instituciones copiando en gran parte a las soviéticas.

El final del siglo XX vio como se dio el fenómeno de la «internacionalización del poder constituyente». Así, por ejemplo:

«La Constitución de Bosnia-Herzegovina de 1994 fue elaborada por la tutela de la Comunidad internacional —en realidad de los Estados Unidos— y resulta directamente de un acuerdo de paz internacional.»<sup>48</sup>

Hay que recordar que las guerras que Estados Unidos protagonizó tanto en Afganistán como en Irak trajeron aparejados nuevos textos constitucionales, aunque no exentos de críticas en función de la realidad local. En relación con el caso afgano, es de resaltar que:

«La última propuesta que tomó forma en diciembre de 2003, empero, proveyó una presidencia fuerte directamente elegida que era

<sup>46</sup> DE VERGOTTINI (2002:27).

<sup>47</sup> ISHII (1980:130).

<sup>48</sup> CHAGNOLLAUD (2009:70).

exclusivamente responsable de nombrar al primer ministro como así mismo a otros altos cargos y que no estaba sujeto a un voto de censura en la legislatura, excepto para un proceso de juicio político que requería una super-mayoría prácticamente imposible de lograr (Artículo 69). Dada la debilidad institucional del Estado y la volatilidad de las administraciones anteriores, se levantaron una serie de objeciones que la arquitectura propuesta podría incentivar la toma ilegítima del poder. Algunos consejeros sugirieron que un sistema colegiado de gobierno debía adoptarse a fin de impedir la concentración del poder en una sola mano. Ninguna de esas preocupaciones fue formulada por la comunidad internacional y por aquellos actores externos que habían demarcado líneas rojas en relación al rol del Islam antes de la adopción final de la Constitución en enero de 2004».<sup>49</sup>

Es que en Afganistán,

«la presión del gobierno transicional apoyado por Estados Unidos hizo que la asamblea abasteciera al cargo presidencial de vastos poderes, al punto tal de no incluir a un primer ministro, compensados muy tenuemente por dos vicepresidencias y por un Parlamento bastante débil por cierto».<sup>50</sup>

## IX. LA PERDURABILIDAD

Una cuestión de hondo interés tanto para la teoría como para las prácticas constitucionales es la relativa a la duración en el tiempo de los textos constitucionales. ¿Por qué hay textos que perduran, como por ejemplo la Constitución de Filadelfia de 1787 (más allá de sus veintisiete enmiendas), y otros que desaparecen al poco tiempo que ven la luz? Esta temática ha sido un área de creciente preocupación para los comparatistas del mundo entero.

Esta línea de investigación ha excedido, por cierto, a la que dominó a la literatura de fines del siglo XX acerca del quiebre de los sistemas políticos democráticos y las transiciones políticas de la autocracia hacia la democracia. La lente científica se ha focalizado más en por qué, bajo ciertas condiciones ambientales, hay sociedades más propensas al cumplimiento de las normas, facilitándose así el mantenimiento del Estado constitucional de Derecho, y otras en donde es más factible que la norma fracase.

La pregunta, entonces, a formularse sería si existen condimentos en el diseño constitucional, o factores socio-ambientales, o histórico-culturales, que hacen que haya constituciones que duran más que otras, sin perjuicio de resaltar, de modo inicial, que:

<sup>49</sup> AL-ALI (2011):82.

<sup>50</sup> CARNOTA (2004):1415.

«Aunque resulta claro que los redactores de constituciones muchas veces desean aprender de lo que los expertos constitucionales puedan enseñarles —tanto sobre el propio pasado de los redactores como de los experimentos de otros países— no me queda claro que la incipiente ciencia de la consultoría constitucional pueda mejorar realmente sobre el éxito global de los nuevos esfuerzos de escribir constituciones. El hecho desafortunado es que la mayoría de las constituciones fracasan».<sup>51</sup>

Puestos en esta temática, se ha aseverado que:

«Los ciclos vitales constitucionales son el producto de la interacción de diferentes factores. A algunos los hemos caracterizado como ambientales, y de ese modo, fuera del control de los actores constitucionales. Otros, empero, dependen de las decisiones adoptadas por aquellos sujetos a la constitución en el decurso del diseño constitucional y posteriormente. Nuestro relato enfatiza entonces el rol de la política en la formación y mantenimiento constitucionales. Nos focalizamos en algunos aspectos, concretamente la flexibilidad, la especificidad y la inclusión, que pueden facilitar la perdurabilidad constitucional».<sup>52</sup>

Estos tres factores gravitarían profundamente en la duración de una Constitución. La flexibilidad, es decir su adaptación a las nuevas circunstancias temporales; la especificidad, o sea, el nivel de detalle que muestran los objetos constitucionales regulados en el plexo fundamental, y la inclusión, en otros términos, el carácter participativo de la empresa constitucional.

## X. LA ARTICULACIÓN DE LOS ÓRDENES INTERNO E INTERNACIONAL

En la era de la globalización, no debe causar extrañeza que el Derecho Constitucional se tenga que ocupar cada vez más de las relaciones entre su ámbito preceptivo y de actuación, y el del Derecho Internacional, sea en su vertiente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o del Derecho Comunitario.

Hasta hace unas pocas décadas nomás, todas estas áreas permanecían bastante inconexas entre sí, salvo para destacar qué órgano de poder era competente para suscribir o aprobar tratados y convenciones internacionales. El advenimiento de los procesos de integración regional (notablemente, la Unión Europea) y de la mentada globalización cambió todo el panorama anterior, focalizado en la realidad del Estado («estadocentrismo»).

<sup>51</sup> SCHEPPELE (2008): 1406.

<sup>52</sup> ELKINS, GINSBURG y MELTON (2009):207.

Hay planteos audaces que postulan

«la extensión del modelo constitucional más allá del Estado-nación. La flexibilidad y autonomía de los agentes de toda naturaleza que actúan en la esfera global demandaría, como en los orígenes del constitucionalismo contemporáneo, la institucionalización de una estructura jurídica que organizara el ejercicio de todas las instancias de poder —económico, burocrático, etc.— y lo sometiera a límites de acuerdo con lo dispuesto en normas supremas de alcance mundial»<sup>53</sup>.

Además, la existencia de normas y de órganos comunitarios muestra la necesidad de organizar los «diálogos» entre esos diversos niveles de gobernanza. Al Derecho Constitucional Comparado, le interesan las múltiples soluciones que se intentan bosquejar en este terreno, más allá de catalogar a estos «diálogos» como estrictamente una labor comparatista, o algo más<sup>54</sup>.

Es innegable, por ejemplo, la creciente relevancia que ha adquirido el derecho internacional de los derechos humanos a la hora de la interpretación constitucional. Al decir de TUSHNET,

«Asumiendo que sus naciones están comprometidas con cumplir el derecho internacional, estas cortes han declarado inconstitucionales a normas que han violado normas de derechos humanos (la Corte Suprema de los Estados Unidos se mantiene casi sola resistiendo la tendencia de tomar tales normas como relevantes al interpretar la constitución doméstica). Los investigadores principalmente interesados en los derechos humanos internacionales han volcado cada vez más su atención al derecho constitucional doméstico, y los investigadores de derecho constitucional en naciones con sistemas relativamente nuevos de *judicial review* se basan en las investigaciones de los derechos humanos internacionales para elaborar su trabajo en el derecho doméstico».<sup>55</sup>

## XI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido constatar a lo largo de este ensayo, el Derecho Constitucional Comparado ofrece muchos usos tanto en la fase de elaboración de normas (*constitutional design*), como en la propia de la interpretación constitucional, sobre todo a cargo de Altas Cortes (Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas, Tribunales transnacionales).

Generalmente, comparamos para conocer, para ampliar más nuestros horizontes mentales, para «viajar» con la imaginación y bosquejar escena-

<sup>53</sup> TURÉGANO MANSILLA (2010):119.

<sup>54</sup> DE VERGOTTINI (2011).

<sup>55</sup> TUSHNET (2013):103.

rios alternativos al de la realidad vernácula. No desconocemos que en muchas ocasiones, el derecho comparado sirve para hacer gala de erudición y robustecer una línea argumental pre-determinada.

Como sea, la globalización imperante —que es globalización económica, pero también jurídica— ha hecho más propicio, oportuno y relevante al estudio del Derecho Constitucional Comparado. Hoy, aquél constitucionalista que lo ignore, lo hace a su propio riesgo.

Se estima pues como necesario acudir a la faena comparatista como un imperativo de la época, un signo de los tiempos. Ya lo consagró incluso la Constitución sudafricana de 1996, al estipular en su artículo 39 inciso c) que un tribunal o foro al interpretar la declaración de derechos puede considerar al derecho extranjero. Acudir a la experiencia comparada sus trae la Constitución de los «cognoscenti» (judiciales o de otra estirpe) y acerca los textos a las realidades humanas cotidianas que, contextos aparte, no son tan distintas en las diversas latitudes del planeta, máxime en épocas de creciente interdependencia y comunicación.

El profesor de la Universidad de York Benjamin Berger nos habla de que la cultura constitucional canadiense es tributaria de dos lógicas<sup>56</sup>: una, la estampada por la «British North America Act» de 1867, más particularista, localista y política, y otra, la de la «Charter of Fundamental Rights and Freedoms» de 1982, más universalista, metafísica y jurídica. Estas dos «lógicas» suelen competir y entrar en tensión. Pues bien, en muchos sistemas políticos acontece lo mismo, y el Derecho Constitucional Comparado debe estar preparado para el reto de detectar estos problemas y sus soluciones. Es más, sin la labor comparatista, el distingo quedaría probablemente como un rastro local sin mayores consecuencias para el constitucionalismo en general.

¿Puede hacerse hoy Teoría Constitucional sin Derecho Constitucional Comparado? Es muy dudoso, porque una parte sustancial de la labor académica es investigativa, y ésta se basa en aprender de otras experiencias:

Al analizarse el perfil del catedrático (y no sólo de Derecho Constitucional) se ha destacado su ineludible relación con la investigación, y ésta con la labor comparatista:

«La investigación implica muchas horas de estudio, de consulta de los trabajos realizados sobre la materia a tratar, de las opiniones bien o mal fundamentadas por los autores y en la gran mayoría de las ocasiones del análisis del derecho comparado»<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> BERGER (2013): 321.

<sup>57</sup> CAÑIZARES LAZO (2006): 174.

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AJANI, Gianmaria y otros (2010), *Sistemas jurídicos comparados*, Barcelona, Universitat de Barcelona.
- AL-ALI, Zaid (2011), «Constitutional drafting and external influence», en DIXON, Rosalind y GINSBURG, Tom (Editores), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar.
- ARISTÓTELES (2000), *La Constitución de Atenas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ASEFF, Lucía María (2010), «Los métodos interpretativos», en BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl, *El Derecho en Acción (Ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho)*, Lima, ARA Editores.
- BALKIN, Jack (2011), *Constitutional Redemption (Political Faith in an Unjust World)*, Cambridge, Harvard University Press.
- BASABE-SERRANO, Santiago (2012), «Judges without Robes and Judicial Voting in Contexts of Institutional Instability: The Case of Ecuador's Constitutional Court, 1999-2007», en *Journal of Latin American Studies*, volumen 44, parte 1, Cambridge.
- BERGER, Benjamin (2013), «Children of Two Logics: A way into Canadian Constitutional Culture», en *International Journal of Constitutional Law*, New York, volumen 11, número 2.
- CAÑIZARES LAZO (2006), «El Catedrático», en DÍEZ-PICAZO, Luis María (Coordinador), *El Oficio de Jurista*, Madrid, Siglo XXI de España Editores.
- CARNOTA, Walter F. (2004), «La nueva constitución afgana», en «La Ley», tomo B.
- CHAGNOLLAUD, Dominique (2009), *Droit Constitutionnel Contemporain*, tomo I, Paris, Dalloz.
- COPI, Irving (1964), *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2011), *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE VERGOTTINI, Guisepppe (2002), *Las transiciones constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- DE VERGOTTINI, Guisepppe (2005), *Derecho Constitucional Comparado*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- DE VERGOTTINI, Guisepppe (2011), *Más allá del diálogo entre tribunales (Comparación y relación entre jurisdicciones)*, Madrid, Thomson Reuters y Civitas.
- DIXON, Rosalind, y GINSBURG, Tom (2011), «Introduction», en DIXON, Rosalind, y GINSBURG, Tom (Editores), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Elgar.
- DIXON, Rosalind, y GINSBURG, Tom (2012), «The South African Constitutional Court and socio-economic rights as 'insurance swaps'», en *Constitutional Court Review*, volumen 4, Pretoria, Pretoria University Law Press.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom y MELTON, James (2009), *The Endurance of National Constitutions*, New York, Cambridge University Press.
- EPP, Charles (1998), *The Rights Revolution (Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective)*, Chicago, The University of Chicago Press.

- EPSTEIN, Lee, y KNIGHT, Jack (1998), *The Choices Justices Make*, Washington, Congressional Quarterly.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1995), *Aproximación a La Ciencia Del Derecho Constitucional (Su concepto, bidimensionalidad, vertiente valorativa, contenido, método)*, Lima, Ediciones Jurídicas.
- FINE, Toni M. (2010), *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- GAMPER, Anna (2013), «Austria: Non-cosmopolitan, but European-friendly (The Constitutional Court's Comparative Approach)», en GROPPI, Tania y PONTTHOREAU, Marie-Claire, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing.
- GARRORENA MORALES, Ángel (2013), *Derecho Constitucional (Teoría de la Constitución y Sistema de Fuentes)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GRIMKE, Federico (1870), *Naturaleza y tendencia de las instituciones libres*, Paris, Librería de Rosa y Bouret.
- HÄBERLE, Peter (2003), *El Estado Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- HÄBERLE, Peter (2012), *El Himno Nacional (como elemento de identidad cultural del estado constitucional)*, Madrid, Dykinson.
- HESSE, Konrad (2012), *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- HUTCHINSON, Allan C. (2012), *Laughing at the Gods (Great Judges and How They Made the Common Law)*, Cambridge University Press, New York.
- ISHII, Ryosuke (1980), *A History of Political Institutions in Japan*, Tokio, University of Tokyo Press.
- JACKSON, Vicki C. (2003), «Comparative constitutional federalism and transnational judicial discourse», en *International Journal of Constitutional Law*, volumen 2, número 1, New York.
- JACKSON, Vicki C. (2012), «Comparative Constitutional Law: Methodologies», en ROSENFELD, Michel, y SAJÓ, András (Editores), *The Oxford Handbook of Constitutional Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press.
- LOEWENSTEIN, Karl (1979), *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1998), *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, Dykinson.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (2011), *Materiales para un museo de antigüedades y curiosidades constitucionales*, Madrid, Dykinson.
- MARQUARDT, Bernd (2009), «La ciencia del constitucionalismo comparado», en MARQUARDT, Bernd, (Editor), *Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- MÉNDEZ MADDALENO, Jay Leticia (2012), *La Constitución como proceso político*, Madrid, Dykinson.
- NEUSTADT, Richard E. (1980), *Presidential Power (The Politics of Leadership from FDR to Carter)*, New York, John Wiley.
- PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (2006), *Introducción al Derecho Público Comparado (Metodología de Investigación)*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México.
- PICTET, Pierre y MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand (2011), *Derecho Constitucional*, Bogotá, Legis.



- PIÑA, María del Carmen (2007), *La condición laboral y el principio protectorio*, Córdoba, Lerner.
- POSNER, Eric A., y VERMEULE, Adrian (2012), «Tyrannophobia», en GINSBURG, Tom (Editor), *Comparative Constitutional Design*, New York, Cambridge University Press.
- SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio (2012), *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2003), «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», en *International Journal of Constitutional Law*, volumen 1, número 2.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2008), «A Constitution Between Past and Future», en *William and Mary Law Review*, volumen 49, número 4.
- SEGAL, Jeffrey A., y SPAETH, Harold J. (1993), *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, New York, Cambridge University Press.
- SOLA, Juan Vicente (2006), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot.
- STONE SWEET, Alec (2012), «A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe», en *Global Constitutionalism* volumen 1, número 1,
- TURÉGANO MANSILLA, Isabel (2010), *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Lima, Palestra.
- TUSHNET, Mark (2008), *Weak Courts, Strong Rights (Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law)*, Princeton, Princeton University Press.
- TUSHNET, Mark (2013), *Constitucionalismo y Judicial Review*, Lima, Palestra.
- VERMEULE, Adrian (2011), *The System of the Constitution*, New York, Oxford University Press.
- VERPEAUX, Michel (2012), *Droit Constitutionnel*, Paris, Dalloz.
- WATSON, Alan (1993), *Legal Transplants (An Approach to Comparative Law)*, Athens, Georgia, University of Georgia Press.
- YOUNG, Katharine G. (2012), *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- ZUCCA, LORENZO y otros (2011), *Dilemas Constitucionales (Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales)*, Madrid, Marcial Pons.



## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**1. Temas de interés.**—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* publica trabajos de investigación originales sobre la Constitución y el sistema de las fuentes, el control de la constitucionalidad y la justicia constitucional, la tutela de los derechos y libertades y el orden axiológico constitucional, así como la interpretación por los Tribunales Constitucionales u órganos equivalentes de las normas de la Constitución, con particularísima preferencia a los países del mundo iberoamericano.

**2. Envío de originales.**—Los originales, que deberán ser inéditos o en todo caso no haber sido publicados en lengua española, se enviarán en lengua española, portuguesa o inglesa, escritos en microsoft word o en formato compatible, y se harán llegar por correo electrónico, a la dirección [public@cepc.es](mailto:public@cepc.es) o, si ello no fuera posible, en soporte electrónico (CD-ROM), a nombre del Secretario de la Revista, a la dirección: CEPC, Plaza de la Marina Española, 9, 28071 MADRID.

**3. Formato.**—Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, tamaño 12. La extensión total no podrá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. La primera página incluirá el título, nombre el autor o autores, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de unas 120 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas).

### 4. Normas de edición:

a) **Bibliografía.**—Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título «Bibliografía» al final del original. Ejemplo:

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2005): «La reforma de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80, págs. 20-35.

LÓPEZ LÓPEZ, JUAN (2004): *Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005a) y LÓPEZ LÓPEZ (2005b).

b) **Notas a pie de página.**—Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. No se incluirán las referencias bibliográficas completas, sino solamente su forma abreviada. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005): 90.

c) **Citas.**—Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas y a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberán indicarse encerrándolo entre corchetes.

**5. Proceso de publicación.**—El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base, en su caso, de informes de evaluadores externos. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. La decisión sobre la publicación no excederá de un año. Los autores de artículos aceptados para su publicación podrán, en su caso, ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de un mes. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

**6. Copyright.**—Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción.

**7. Advertencia.**—Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

## COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

El *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* no acepta reseñas o comentarios bibliográficos no solicitados. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su revisión.

ISSN 1136-4824



9 771138 482402



00018

26,00