

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y COMPARACIÓN EN LA EXTENSIÓN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS*

Giuseppe de VERGOTTINI**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Tendencias recientes en el empleo de la comparación*. III. *Uso de la comparación jurídica para interpretar la declaración de derechos: el caso sudafricano*. IV. *Experiencias de otros ordenamientos*. V. *Observaciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El empleo de la comparación se estudia sobre todo con relación a la preparación de textos normativos y en particular de Constituciones. Pero sabemos que las funciones de la comparación en el ámbito del derecho constitucional son múltiples, como enseña generalmente la doctrina que se ocupa de la cuestión.¹ La comparación, en efecto, puede desarrollarse

* Traducción del profesor Pedro Tenorio Sánchez.

** Catedrático de Derecho constitucional comparado de la Universidad de Bolonia; presidente honorario de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.

¹ Acerca de las funciones de la comparación en el ámbito del derecho constitucional, *cfr.* Vergottini, G. de, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1985; *id.*, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2004; Constantinesco, L. J., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I: *Rechtsvergleichung*, Köln, 1971; *id.*, *Die rechtsvergleichende Methode*, vol. II, Köln, 1972; *id.*, *Traité de droit comparé*, Paris, 1974; *id.*, *Scienza e metodo del diritto comparato*, Torino, 1996; Boggetti, G., *Introduzione al diritto costituzionale comparato. Il metodo*, Torino, 1994; Gambaro, A. *et al.*, “Comparazione giuridica”, *Digesto italiano, Discipline privatistiche Sez. Civ.*, Torino, 1988, vol. 3; Gutteridge, H. C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, Paris, 1949; Lombardi, G., *Premesse al Corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milán, 1986.

con *fines teóricos*, como en el caso en que tenga por finalidad los conocimientos típicos de la investigación científica, o con *fines prácticos*, como, precisamente, en caso de que se considere útil para una mejor preparación de textos constitucionales y legislativos. Limitando nuestra atención a los fines prácticos, cabe destacar que un aspecto menos considerado por los estudiosos es el del recurso a la comparación jurídica, no para elaborar textos normativos, sino para proceder de manera útil y satisfactoria a su interpretación y aplicación.

Objeto de estas breves reflexiones será, pues, el estudio del papel de la comparación en la actividad hermenéutica de los jueces, y, en particular, de los tribunales constitucionales. Al hacer esto se tendrá presente en particular la incidencia de la comparación en el ámbito de la interpretación de las cláusulas relativas a derechos fundamentales.

II. TENDENCIAS RECIENTES EN EL EMPLEO DE LA COMPARACIÓN

Las tendencias recientes revelan cada vez con mayor frecuencia la evocación del método comparado en el proceso de atribución de significado a los enunciados normativos, especialmente en materia de derechos fundamentales y nuevos derechos. En este sentido, la comparación es no sólo un medio útil para el conocimiento o para la verificación de datos, sino también como mecanismo dialéctico y racional que permite perseguir constantemente el fin último de la creación de una sociedad efectivamente abierta y democrática. Aparece así la idea de la comparación jurídica como mecanismo para poner en relación el ordenamiento constitucional con un espacio jurídico considerablemente más amplio y abierto, presupuesto esencial para una constante reflexión crítica acerca de la definición de los valores de fondo, de los criterios y de los límites jurídico-argumentativos y para la ruptura de la idea de sistema jurídico como sistema cerrado y petrificado. Obviamente esta reflexión sirve únicamente para poner de relieve que la apertura de un ordenamiento a las experiencias de otros ordenamientos tiene posibilidades de éxito cuando los valores fundamentales de los ordenamientos comparados estén basados en principios comunes homogéneos. Es, por tanto, esta comunidad de inspiración de fondo, que caracteriza la forma de Estado o, si se prefiere, el régimen político, la que se sitúa como premisa lógica ineludible que

permite la utilidad de la “apertura”. En otras palabras, se quiere subrayar que la superación del tradicional rechazo a otras experiencias no se refiere a la totalidad de los ordenamientos teóricamente utilizables para la comparación, sino que se ha de realizar de manera selectiva para poder resultar útil.

La idea de la comparación como criterio hermenéutico a utilizar por la jurisprudencia constitucional parece encontrar confirmación en el parámetro de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”, originariamente formulado por vía judicial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y hoy recogido en el Tratado de la Unión Europea (artículo 6.2, TUE), Tratado, sin embargo, no operativo. Tal norma habilitaría a los jueces europeos para interpretar los tratados considerando las especificidades constitucionales de los ordenamientos de los países de la Unión, de modo que los ordenamientos considerados terminarían por emanar tanto fuerza interna como externa, en virtud de su capacidad de influir en las actividades interpretativas de sujetos no directamente vinculados. La relación sería sin embargo circular, porque se tomaría las tradiciones constitucionales de los Estados miembros para persuadir e influir, a su vez, en la actividad del conjunto de los Estados miembros.

Especialmente después del segundo conflicto mundial, se ha difundido una cultura de los derechos cada vez más compartida, tanto por medio de la expansión de las cartas internacionales de derechos como por la introducción generalizada de los tribunales constitucionales, produciéndose, según algunos, una especie de “universalización del derecho constitucional”. Esta visión es optimista, en cuanto en muchos ordenamientos estas innovaciones se quedan sólo en el papel, pero es indicativa de una línea segura de tendencia a nivel planetario. Es de todas maneras cierto que se ha incrementado fuertemente el “diálogo” entre los tribunales constitucionales y entre éstos y los órganos internacionales de justicia. Las relaciones entre tribunales constitucionales tiene lugar en el marco de organismos multilaterales de naturaleza asociativa, como la Asociación de Tribunales Constitucionales, que reagrupa a cuarenta y un órganos, la Asociación de Tribunales Constitucionales Europeos, la Comisión Europea para la Democracia por medio del Derecho, llamada Comisión de Venecia, en el marco del Consejo de Europa. Hay además intercambios de información y contactos bilaterales entre tribunales que han tenido en los últimos años un notable desarrollo. Los contactos desarrollados conducen al conocimiento recíproco de exigencias y hacen natural para los

magistrados el intento de utilizar instituciones de otros ordenamientos o la jurisprudencia de los mismos.² En este clima de recíproca interacción entre órganos de diversos ordenamientos se refuerza el recurso a la comparación, debiéndose subrayar que en concreto se puede encontrar tanto el simple recurso a principios propios de un determinado ordenamiento como la investigación por medio de la comparación de un principio a utilizar por parte del juez.

La comparación es uno de los métodos a los que recurren los tribunales constitucionales al interpretar las disposiciones relativas a los derechos fundamentales: junto a los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, que se remontan al planteamiento clásico de Savigny. Peter Häberle ha propuesto el comparativo como quinto método de interpretación, como estadio imprescindible en la exégesis de las cláusulas constitucionales sobre derechos.³ De esta manera, por medio de la consideración de diversas experiencias constitucionales, se dilatan las opciones argumentativas a disposición del juez. Esta consideración se acrecienta, en el ámbito de los ordenamientos estatales, por la progresiva referencia de las constituciones a la relevancia de las normativas de los pactos internacionales sobre derechos en los respectivos ordenamientos internos (así, la Constitución Española de 1978, artículo 10.2, prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados sobre tales materias ratificados por España; algo similar establece la Constitución portuguesa de 1976, artículo 16.2). Por lo demás, como hemos señalado anteriormente, en el ámbito de los ordenamientos de entes internacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea recurre a los principios en materia de derechos propios de los distintos ordenamientos estatales. Se comprende, por tanto, que la integración entre ordenamientos conduce inevitablemente a recurrir a la comparación en la interpretación de las normativas sobre derechos por obra de los tribunales constitucionales y de los previstos por tratados internacionales.⁴

² Cfr. Slaughter, A. M., "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 194 y ss.

³ Häberle, P., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Berlín, 1992, pp. 3 y ss.

⁴ Acerca del recurso a la comparación por parte de los tribunales constitucionales, cfr. Mosler, H., "Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten", *Internationale Festschrift für A. Verdross*, München-Salzburg, 1971, pp. 381 y ss.

Por lo que se refiere a la práctica interpretativa de los tribunales constitucionales, se encuentran ejemplos en numerosos casos que pueden traerse a continuación a título ejemplificativo.

III. USO DE LA COMPARACIÓN JURÍDICA PARA INTERPRETAR LA DECLARACIÓN DE DERECHOS: EL CASO SUDAFRICANO

El caso de Sudáfrica presenta un particular interés por cuanto es la propia Constitución de 1996 la que muestra una clara orientación de apertura al derecho producido fuera del ordenamiento estatal. La Constitución sudafricana *post-apartheid* es la única, hoy por hoy, que con una disposición específica promueve el uso de la comparación jurídica para interpretar la declaración de derechos y para limitar o condenar el alcance de los derechos contenidos en la misma. El artículo 39.1 dispone que, al interpretar la declaración de derechos, los jueces “a) deben promover los valores fundamentantes de las sociedades abiertas democráticas basadas en la dignidad humana, igualdad y libertad; b) deben considerar el derecho internacional; y c) pueden considerar el derecho extranjero”. Coherentemente, el artículo 36 de la Constitución repite que los derechos constitucionales “pueden ser limitados sólo con base en normas de aplicación general que sean justificables en una sociedad abierta y democrática basada sobre los valores de dignidad humana, igualdad y libertad”. Tres son las razones principales que han persuadido a los constituyentes sudafricanos a vincular la interpretación constitucional a los valores de la sociedad abierta y democrática tal y como se presentan desarrollados en las prácticas internacional y extranjera: 1) la necesidad de legitimación internacional tras decenios de aislamiento del régimen de *apartheid* que había ignorado niveles internacionales mínimos en materia de derechos fundamentales; 2) la búsqueda de referencias internacionales capaces de coadyuvar a la obra de interpretación de un texto constitucional nuevo; 3) la conciencia de la necesidad de un momento de aprendizaje jurídico-cultural crítico que mirara más allá de los horizontes limitados de la experiencia nacional.⁵

En *S vs. Makwanyane* —*leading case* que ha contribuido a elaborar el concepto de dignidad humana— el Tribunal Constitucional sudafricano

⁵ Dugard, J., “International Law and the Final Constitution, 11(2) *SAJHR* 241 (1995); *id.*, “The role of International Law in Interpreting the Bill of Rights”, in 10(1) *SAJHR* 208, 1994.

ha confirmado la relevancia interpretativa tanto del *binding public international law* como de sistemas normativos internacionales generales o regionales de los que Sudáfrica no es parte. De un lado, en efecto,

Los acuerdos internacionales y el derecho internacional consuetudinario proporcionan un marco normativo en cuyo interior... la declaración de derechos puede ser interpretada y comprendida —mientras de otro— las decisiones de Tribunales y órganos como el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en algunas circunstancias, los informes de agencias especializadas como la Organización Internacional del Trabajo pueden proporcionar indicaciones sobre cómo corregir la interpretación de algunas disposiciones particulares.⁶

Desde este punto de vista, por tanto, hay analogía acerca del modo en que los jueces pueden atribuir relevancia interpretativa a las prácticas internacionales, incluso regionales o no vinculantes, y al derecho extranjero; el fin último estatal de la *open and democratic society* impide en efecto distiguir con precisión los ordenamientos en que el juez debe (*must*) inspirarse y aquellos en que la remisión a fines interpretativos es sólo deseable (*may*).

IV. EXPERIENCIAS DE OTROS ORDENAMIENTOS

El Tribunal Constitucional sudafricano es la primera jurisdicción que ha desarrollado una práctica interpretativa orientada a la comparación jurídica sobre la base de disposiciones constitucionales expresas, pero no el único tribunal abierto al método hermenéutico dialéctico.

1. *Estados Unidos, Canadá, Alemania e Italia*

El Tribunal Supremo de Estados Unidos, por ejemplo, en *Lawrence vs. Texas* (2003)⁷ recurre con mayor énfasis a la comparación para *Bowers*

⁶ *S vs. Makwanyane and another* 1995 3 SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR 665 (CC).

⁷ 539 U. S. 558, 123 S. Ct. 2472 (2003); 156 L. Ed. 2d 508; 2003 U. S. LEXIS 5013. *Cfr.*, también, *Thompson vs. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988) (la referencia a leyes y prácticas de otros países funda la decisión de excluir la ejecución de la pena capital de un joven de quince años; sin embargo, nótese la discrepancia manifestada por el magis-

vs. Hardwick⁸ y afirma de esta manera la inconstitucionalidad en la que incurriría el Estado considerando como delito la actividad sexual sodomítica desarrollada en privado entre dos adultos que prestan libremente su consentimiento. Lawrence contempla la casuística de muchos países y considera la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin aclarar, sin embargo, el específico papel en la anulación de *Bowers*.⁹ William Rehnquist considera que los tribunales americanos deben

trado Scalia en p. 868, nota 4: “[w]e must never forget that it is a Constitution for the United States of America that we are expounding. The practices of other nations, particularly other democracies, can be relevant to determining whether a practice uniform among our people is not merely a historical accident, but rather so «implicit in the concept of ordered liberty» that it occupies a place not merely in our mores but, text permitting, in our Constitution as well. But where there is not first a settled consensus among our own people, the views of other nations, however enlightened the Justices of this Court may think them to be, cannot be imposed upon Americans through the Constitution”) e *Atkins vs. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002) (la anulación de la orden de ejecución de la pena capital impuesta a un criminal retrasado mental se sostuvo sobre la base de las leyes vigentes en otros Estados; es de destacar igualmente la opinión discrepante de Rehnquist, C. J., unido a Scalia y Thomas JJ. en p. 324: “I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court’s ultimate determination”). Acerca del uso de la comparación por parte de los tribunales americanos puede leerse en general: Childress III, D. E., “Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions”, 53 *Duke Law Journal* 193 (2003), <http://www.law.duke.edu/journals/dlj/articles/dlj53p193.htm#H2N6>.

⁸ 478 U. S. 186 (1986).

⁹ Leonard, A. S., “The Impact of International Human Rights Developments and Sexual Minority Rights”, 49 *New York Law School Law Review*, 525, 2004-2005; Smith, D., “Continental Drift: the European Court of Human Rights and the Abolition of anti-sodomy Laws in *Lawrence vs. Texas*”, 72 *University of Cincinnati Law Review*, 1799, 2004; Gerstmann, E., “We Are the World? What United States Courts Can and Should Learn from the Law and Politics of other Nations”, 1 *J. Int’l L. & Int’l Rel.*, 279 (2004-2005); Ramsey, M. D., “International Materials and Domestic Rights: reflections on *Atkins* and *Lawrence*”, 98 *The American Journal of International Law*, 69, 2004; Glensy, R. D., “Which Countries Count? *Lawrence vs. Texas* and the selection of foreign persuasive authority”, 45 *Virginia Journal of International Law*, 357, 2005; Alford, R. P., *Federal Courts, International Tribunals, and the Continuum of Deference: a Postscript on *Lawrence vs. Texas**, 44 *Va. J. Int’l L.*, 913, 2004; Calabresi, S. G., “*Lawrence*, the Fourteenth Amendment, and the Supreme Court’s reliance on Foreign Constitutional Law: an Originalist Reappraisal”, 65 *Ohio State Law Journal*, 1057, 2004; Araiza, W. D., “Foreign and International Law in Constitutional Gay Rights Litigation: What Claims, What Use, and What Law?”, 32 *William Mitchell Law Review*, 455, 2006; Eskridge Jr., W. N., “United States: *Lawrence vs. Texas* and the Imperative of Comparative Constitutionalism”, 2(3) *Int’l J. Const. L.*, 556, 2004.

“contemplar las decisiones de otros tribunales constitucionales como auxilio para el proceso deliberante judicial”,¹⁰ y Sandra Day O’Connor reconoce que:

Si bien el derecho internacional y el derecho extranjero son esporádicamente vinculantes para los pronunciamientos de los tribunales americanos, las conclusiones alcanzadas en otros países y por los órganos internacionales deben en algunos casos constituir precedentes persuasivos en los tribunales internos... Aun siendo cometido final de los jueces interpretar el sistema jurídico al que pertenecen, hay mucho que aprender de otras tradiciones jurídicas que han aportado ideas a la solución de cuestiones complejas y análogas a las internas.¹¹

También la doctrina ha dedicado gran atención, sobre todo en los últimos años, a la utilización del derecho comparado por parte de los jueces estadounidenses; baste pensar en los escritos de D. E. Childress y D. S. Clark, pero también en algunos trabajos recientes de un ilustre comparatista británico como sir Basil Markesinis.¹²

También el Tribunal Supremo canadiense ha utilizado el recurso a la comparación como instrumento útil, e incluso necesario, para la interpretación de la Carta canadiense de derechos y libertades. Entre los ejemplos destacados está la sentencia acerca del llamado *hate speech*, es decir, relativa a la constitucionalidad de los límites impuestos por la ley a las manifestaciones del pensamiento racista, en la que se realiza un examen de los principios jurídicos en la materia y de las jurisprudencias de diversos ordenamientos incluido el de la Convención Europea de Dere-

¹⁰ Rehnquist, W. H., *Constitutional Courts-Comparative Remarks*, Address in Commemoration of the Fortieth Anniversary of the German Basic Law (1989), reimpresso en *Germany and Its Basic Law: Past, Present and Future-A German-American Symposium*, Paul Kirchoff & Donald P. Kommers eds., Nomos, 1993, 411-412.

¹¹ O’Connor, S. D., “Keynote Address before the Ninethy-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law (Mar. 16, 2002)”, *96 American Society of International Law Proceedings*, 348, 2002, 350.

¹² Childress III, D. E., “Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions”, *Duke Law Journal*, vol. 53, 193-221; Clark, D. S., “The Use of Comparative Law by American Courts”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 23-40; Markesinis, B., “Foreign Law Inspiring National Law: Lessons from *Greatorex vs. Greatorex*”, *Cambridge Law Journal*, vol. 61 386-404; *id.* y Fedtke, J., “The Judge as a Comparatist”, *Tulane Law Review*, vol. 80, pp. 11-167; Sass, S. L., “Foreign Law in Federal Courts”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 29, 97-118.

chos (*Regina vs. Keegstra* de 1990).¹³ Más en general, hay que subrayar que en la jurisprudencia constitucional canadiense la utilización del derecho comparado es siempre amplia, sea cual sea el tema con el que se enfrenta el Tribunal. Además de *Regina vs. Keegstra* hay diversas sentencias del Tribunal canadiense sobre la problemática de los derechos en las que se utiliza la comparación. En *Aubry vs. Éditions Vice-Versa inc.*,¹⁴ en materia de derecho de crónica y en especial de difusión no autorizada de la imagen, además de un estudio sobre la protección de la imagen en el derecho de Quebec, francés y en el *common law* inglés, el Tribunal citó precedentes estadounidenses, mientras que en un tema conexo —la protección contra las interceptaciones telefónicas— las referencias se hicieron a los orígenes históricos de los tribunales canadienses y a los precedentes jurisprudenciales ingleses.¹⁵ Otras sentencias en materia de derechos ricas en referencias a la jurisprudencia de tribunales internacionales y a la doctrina y a la legislación extranjeras son *Pushpanathan vs. Canada* (un caso relativo a problemas de inmigración),¹⁶ *R. vs. Al Klippert Ltd* (en materia de derecho medioambiental)¹⁷ y *R. vs. Caslake* (en materia de cacheos).¹⁸

El Tribunal Constitucional alemán ha recurrido a la regulación prevista por ordenamientos de algunos países basados en Constituciones inspiradas en los principios democrático-liberales (Italia, Francia, Suiza, Estados Unidos) que habían previsto regímenes de limitación a la Constitución o a la actividad de partidos que persiguieran finalidades incompatibles con las propias de tal forma de Estado, para llegar a una interpretación del artículo 21.2.c de la ley fundamental que condujera a la disolución del Partido Comunista (sentencia núm. 17, del 17 de agosto de 1956). También ha recurrido a la regulación de ordenamientos similares con objeto de definir cuáles son los “tratados que regulan las relaciones políticas del Estado Federal” a los que hace referencia el artículo 59.2.c de la ley fundamental, valorando entre otras cuestiones la noción

¹³ *Regina vs. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

¹⁴ *Aubry vs. Éditions Vice-Versa inc.*, [1998] 1 S. C. R. 591.

¹⁵ Para una descripción exhaustiva de esta sentencia y de otras en materia de derechos véase Pegoraro, L. y Damiani, P., “Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti Costituzionali”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, I, pp. 411 y ss.

¹⁶ *Pushpanathan vs. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S. C. R. 982.

¹⁷ *R. vs. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737.

¹⁸ *R. vs. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51.

del tratado de naturaleza política que se recoge en el artículo 80 de la Constitución.¹⁹

El Tribunal Constitucional italiano ha hecho múltiples referencias a ordenamientos extranjeros, aunque rara vez ha decidido sobre la base de análisis de tipo.²⁰ En dos pronunciamientos que inciden en el derecho de familia (núms. 91/1973 y 153/1979) y una relativa al delito de plagio (núm. 96/1981) el Tribunal recurre intensamente a una investigación histórico-comparativa. Una sentencia más reciente (303/2003) ha considerado las relaciones entre ley estatal y regional a la luz de las experiencias propias de ordenamientos federales citando la *supremacy clause* estadounidense y a la *konkurrierende Gesetzgebung* alemana con una evidente apertura a la comparación, pero también con una cierta superficialidad si consideramos la profunda diferencia del régimen de las competencias federales y estatales en los dos ordenamientos a los que se refiere. No faltan de todas maneras referencias a normativas positivas, pero también a orientaciones jurisprudenciales de algunos tribunales constitucionales (sentencias núms. 123/1980; 300/1984; 161/1985; 71/1987). Las materias acometidas por el examen del Tribunal son sobre todo el derecho penal y procesal penal, el derecho del trabajo y el derecho a la previsión social, y la aplicación del derecho comunitario.

2. *Un caso curioso: la experiencia de Figi en materia de derechos de homosexuales*

Aunque sea rara vez objeto de estudios comparados, presenta particular interés la experiencia de Figi en materia de derechos de los homose-

¹⁹ Ejemplos de sentencias con referencias comparadas, *cfr.* BVerfGE 68, 1 – *Atomwaffenstationierung*; 59, 360 *Schülerberater*; 56, 54 – *Fluglärm*; BVerfGE 55, 37 – *Bremer Modell*; BVerfGE 47, 327 – *Hessisches Universitätsgesetz*; BVerfGE 47, 46 – *Sexualkundeunterricht*; BVerfGE 45, 400 – *Oberstufenreform*; BVerfGE 35, 79 – *Hochschul-Urteil*; BVerfGE 34, 165 – *Förderstufe*; BVerfGE 31, 194 – *Sorgerechtsregelung*; BVerfGE 30, 1 – *Abhörurteil*; BVerfGE 29, 83 – *Steinkohle-Anpassungsgesetz*; BVerfGE 24, 119 – *Adoption*; BVerfGE 19, 206 – *Kirchenbausteuer*; BVerfGE 9, 194 – *Wahlklage*; BVerfGE 6, 309 – *Reichskonkordat*; BVerfGE 2, 266 – *Notaufnahme*; BVerfGE 1, 14 – *Südweststaat*.

²⁰ Pegoraro, L., “La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni 80”, *Quaderni costituzionali*, 1987, pp. 601 y ss.; *id.*, *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato. Un’analisi comparata*, Bologna, 2006; Zeno Zencovich, V., “Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, IV.

xuales, en cuanto que el ordenamiento local ha mantenido en vigor algunas disposiciones heredadas de la histórica tradición moralizadora colonial británica que criminalizaba las conductas homosexuales a pesar de la introducción previa, en 1997, de la prohibición constitucional expresa de discriminar por razón de la orientación sexual (artículo 38 de la Constitución). Estas previsiones penales han sido declaradas contrarias a la Constitución nacional por el alto tribunal de Suva en *McCoskar vs. The State* (26 de agosto 2005),²¹ y la importancia de esta decisión consiste en la confirmación de la validez del método comparativo como medio interpretativo susceptible de cuestionar arraigados paradigmas culturales y mentales y para crear otros que, aun cuando ciertamente perfectibles en el tiempo ante circunstancias diferentes, responden a un nivel de elaboración crítica más complejo, racional e inclusivo. Entre estos instrumentos y técnicas el Tribunal de Figi expone al menos cuatro utilizables (también de manera combinada) en la interpretación de los derechos fundamentales: *a)* el análisis sistemático de las disposiciones constitucionales afectadas, “pero en un contexto que incluye la historia y las circunstancias pasadas de aprobación de la Constitución”; *b)* el análisis de los derechos fundamentales de manera que “se les de una interpretación amplia y sugerente de manera que se asegure que bajo el derecho supremo [de la Constitución] existe siempre solamente un ejercicio legítimo del poder gubernamental y una minuciosa protección de los derechos y de las libertades individuales”; *c)* el análisis del derecho internacional y de la correspondiente jurisprudencia, incluso allí donde —como en el caso de la tradición jurídica de las Figi y, más en general, del área australiana—²² la ratificación de convenciones internacionales en materia de derechos no crea verdaderas obligaciones jurídicas para el Estado, sino una simple expectativa legítima al ejercicio de la discrecionalidad legislativa de acuerdo con el tratado; *d)* el análisis comparado de la jurisprudencia extranjera, y sobre todo de la sudafricana que ya con anterioridad se había encontrado ante la necesidad de valorar la compatibilidad constitucional de las *sodomy law* en relación con los preceptos relativos a la igualdad

²¹ *McCoskar vs. The State* [2005] FJHC 500; HAA0085 & 86.2005 (26 agosto de 2005).

²² Hovell, D. y Williams, G., “A Tale of Two Systems: the Use of International Law in Constitutional Interpretations in Australia and South Africa”, *29 Melbourne University Law Review*, 95, 2005.

(o, mejor, a un análogo modelo de protección de las minorías sexuales), *privacy* y dignidad humana, inaugurando enfoques hermenéuticos innovadores.²³

V. OBSERVACIONES FINALES

De los ejemplos que hemos traído a colación es posible extraer algunas consideraciones de orden sistemático que puedan ser útiles para fijar ulteriores *criterios metodológicos* para ser utilizados en la comparación en el ámbito del derecho constitucional, con particular preferencia al papel de la jurisprudencia constitucional y a sus interpretaciones en el ámbito de los derechos fundamentales.

Ante todo ha de insistirse en la línea de delimitación entre *simples referencias* a experiencias de otros países y comparación. La referencia a las normas constitucionales y a las jurisprudencias de otros tribunales tiene lugar a menudo cuando el juez tiene la intención de reforzar su razonamiento trayendo a colación como apoyo experiencias que se consideran particularmente atendibles y que, de todas formas, sirven para avalar y hacer más atendibles sus conclusiones. Pero esta manera de proceder no significa necesariamente recurso en sentido propio a la comparación jurídica. Esta última se presenta solamente cuando resulta evidente que el juez al decidir un caso que se le plantea recurre a la comparación para extraer de la comparación un principio jurídico que sirve para dilucidar la norma sobre la base de la cual se resuelve el problema planteado. Concretamente, el juez puede buscar en la comparación un principio jurídico: *a)* en caso de carencia normativa en el propio ordenamiento, o bien, como ocurre a menudo, *b)* en caso de búsqueda de ulteriores elementos valorativos con base en los cuales formar un juicio propio en la interpretación de disposiciones textuales de la propia Constitución.

La posibilidad de practicar en concreto la comparación por parte de los tribunales resulta realmente limitada a los casos en que se pueda verificar la presencia de valores comunes compartidos. Se trata de decidir cuál es el ámbito espacial en que llevar a cabo la comparación y por tanto en el que

²³ *McCoskar vs. The State, cit.*, “I do not rank the rights of privacy and equality in any descending order of value. I adopt the view propounded by Sachs J. in the Coalition Case... that the rights to equality and privacy cannot be separated here because they are both violated simultaneously by these laws”.

determinar la presencia de los valores compartidos. En un sentido utópico se podría reconocer que existe un espacio global unificado en el que se comparten y practican valores comunes que se han convertido ya en universales. Si así fuera, se debería también poder reconocer una especie de fungibilidad entre normas constitucionales y jurisprudencias de los tribunales. En la práctica, cualquier juez constitucional podría tener a su disposición la totalidad de las jurisprudencias formuladas por una constelación de jueces constitucionales sobre un tema determinado. En un espacio jurídico único y homogéneo, o en todo caso en espacios en comunicación, las experiencias jurídicas serían fácilmente aprovechables en caso de necesidad. En realidad sabemos que no sucede así. El hecho de que los diversos órdenes estatales y los diversos tribunales constitucionales actúen en el ordenamiento de la comunidad internacional actual no excluye que existan, junto a valores comunes a la generalidad de los Estados, valores diversos y prácticas interpretativas y aplicativas diferenciadas en los casos en que los textos constitucionales contengan normativas formales completamente iguales o similares.

Esta situación es particularmente evidente precisamente en relación con los derechos fundamentales. Con referencia al caso de las normativas diferenciadas, pensamos en las disciplinas en materia de derechos de la mujer o de los derechos de libertad religiosa en las constituciones del espacio político islámico respecto de las mismas disciplinas en el espacio político occidental. No hace falta mucho esfuerzo para comprender que en tales hipótesis la doctrina cosmopolita o la de la Constitución abierta son de escasa utilidad. Un tribunal europeo difícilmente podría emplear provechosamente la jurisprudencia de los jueces islámicos. También sería completamente improductivo el recurso a la comparación en los casos en que los textos formales resulten ser iguales o similares, pero las “prácticas administrativas y jurisprudenciales resulten divergentes” y en concreto no garanticen los derechos. Así, por ejemplo, no sería pensable que el Tribunal sudafricano, además de las citas frecuentes efectivamente realizadas a numerosas experiencias de ordenamientos democrático-liberales, buscarse apoyo en la jurisprudencia de países africanos que formalmente mantienen vínculos con la tradición constitucional dejada en herencia por el dominio colonial, pero que de hecho niegan sistemáticamente las libertades fundamentales.

En línea teórica queda la esperanza y el deseo de que sea posible llegar a determinar un ámbito común en el que verificar —a nivel global

como hoy se suele decir o lo que es lo mismo, a nivel de comunidad internacional completa— que operadores de extracción cultural y jurídica diferentes alcancen conclusiones equivalentes. Pero es evidente que tal deseo hoy contrasta con la realidad. Sin embargo, lo que hoy ya existe no se puede ignorar. En efecto, la práctica nos enseña que la comunidad de valores compartidos, propios del Estado constitucional, tiene lugar en Europa y también en otras amplias áreas del globo. En éstas es posible encontrar ese terreno común que permite la comunicación entre sistemas que se realiza por medio del señalado diálogo entre los tribunales al que hemos hecho referencia anteriormente. En estas áreas se encuentra la operatividad de la doctrina de la Constitución “abierta” y democrática, basada en la dignidad humana, en la igualdad y en las libertades.