

LOS USOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS (*)

SANTIAGO LEGARRE
CRISTÓBAL ORREGO

INTRODUCCIÓN.—1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE: 1.1. *El análisis constitucional comparado como fenómeno cultural*. 1.2. *El uso del Derecho constitucional extranjero por la Corte Suprema*. 1.3. *Elementos para una teoría del uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional*.—2. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRESUPUESTO DEL USO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN SEDE JURISDICCIONAL: 2.1. *El desafío del multiculturalismo relativista*. 2.2. *La fuerza racional de lo justo y el recurso a la jurisprudencia extranjera*. 2.3. *Adaptación histórica de lo justo natural y falibilidad de la razón jurídica*.—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En enero de 2005 tuvo lugar en los Estados Unidos un debate sin precedentes: dos jueces de la Corte Suprema de ese país (1), Antonin Scalia y Stephen Breyer, intercambiaron ideas sobre el uso de jurisprudencia extranjera en casos constitucionales. El encuentro sucedió en una Universidad de Washington DC, fue retransmitido por televisión a todo el país y tuvo una notable repercusión,

(*) Proyecto Fondecyt (Chile) 1080680. Los autores agradecen especialmente la excelente asistencia de Gastón Vilela y las sugerencias de Santiago Castro Videla, Daniel Herrera y Valentín Muñoz L.

(1) En los Estados Unidos, a los jueces de la Corte Suprema no se los llama «jueces» sino «Justicias» —*Justices*—.

tanto en los ambientes académicos como entre el público en general, hasta tal punto que fue titular de portada en el *New York Times* (2).

El debate Scalia-Breyer fue una manifestación sobresaliente de una realidad mucho más amplia: la explosión en el mundo occidental, en las últimas décadas, del «Derecho constitucional comparado», tanto como disciplina académica cuanto como práctica de los tribunales; especialmente, de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales. En este último caso, la dimensión más relevante del fenómeno consiste en la invocación de decisiones de tribunales extranjeros para justificar la solución de un caso nacional, o para reforzar el razonamiento o el resultado al que se llega (3). Muchas de estas decisiones tratan sobre derechos humanos fundamentales, y, en el plano académico, buena parte del Derecho constitucional comparado —aunque no toda— versa también sobre derechos humanos.

En la primera parte de este trabajo explicaremos en qué consiste el núcleo del debate en torno al Derecho constitucional comparado. Usaremos como banco de prueba el ejemplo de los Estados Unidos por las siguientes razones: Por un lado, es en este país donde el Derecho constitucional comparado ha florecido más en los últimos años, lo cual no debe sorprender, pues —como ocurre con otros temas— una vez que algo se pone en movimiento en los Estados Unidos suele ocurrir que —por razones de escala y de disponibilidad de recursos— se transforma rápidamente en el lugar donde más atención se le presta (4). Por otro lado, guste o no, el sistema constitucional estadounidense, además de haber sido pionero, se ha constituido con el tiempo en el más influyente a escala mundial. Las decisiones de su Corte Suprema son tenidas en cuenta por numerosos tribunales allende sus fronteras, lo cual otorga una relevancia extraterritorial al estado de la cuestión en aquel país. Lo cierto es que casi todas las preguntas

(2) El texto del debate se halla disponible en la página web de la institución anfitriona, *American University*: Debate (2005). No debe confundirse este debate con otro posterior sobre temas distintos —aunque vinculados—, en el que participaron los mismos jueces. El segundo tuvo lugar en diciembre de 2006, también en Washington D.C., y fue organizado conjuntamente por la *American Constitution Society* y la *Federalist Society*. Cfr. Debate (2006). Como se infiere de una nota publicada en el *New York Times* mientras terminábamos de escribir este artículo, el debate —en sentido amplio— entre los distintos jueces de la Corte estadounidense acerca del uso de jurisprudencia extranjera continúa en plena ebullición. LIPTAK, Adam (2008).

(3) Esta problemática es distinta de la que suscita el uso de la jurisprudencia de tribunales supranacionales por parte de tribunales nacionales que están adheridos a un sistema internacional de protección de derechos humanos, en los casos en que el tribunal nacional tiene una *obligación jurídica* de aplicar aquella jurisprudencia. Nuestro análisis se centrará más bien en supuestos en los que un tribunal nacional considera una solución jurídica extranjera *sin estar legalmente obligado* a hacerlo. Como explica Neuman, la distinción entre estas dos situaciones es importante y, sin embargo, no siempre se tiene en cuenta. NEUMAN, Gerald L. (2006): 177-180.

(4) Le debemos esta idea a Sebastián Elías.

importantes relacionadas con nuestro problema han sido puestas sobre la mesa en el debate estadounidense, de modo que, al estudiarlo, se abordan simultánea e implícitamente las discusiones equivalentes que han tenido lugar en otras jurisdicciones. Por último, la finalidad de este trabajo no es explorar a fondo el Derecho constitucional comparado, sino indagar su posible relación con la universalidad de los derechos humanos, lo cual, sumado a las naturales limitaciones de espacio, torna aconsejable, a nuestro juicio, concentrarse en una sola jurisdicción.

La primera parte de este artículo termina con un esbozo —a partir de los materiales estadounidenses— de una teoría elemental sobre el uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional. Así conectamos con la segunda parte, que sostiene que aquella teoría sólo tiene sentido si se acepta la universalidad de los derechos humanos fundamentales. Si, por el contrario, se la niega, el Derecho constitucional comparado se convierte en una empresa carente de inteligibilidad. A la vez, se sostendrá aquí que ciertas formas de multiculturalismo son incompatibles con la referida universalidad, y que ésta encuentra su mejor explicación en el reconocimiento de que ciertas verdades acerca de la persona humana son objetivas y evidentes, aunque indemostrables. Estas verdades ya se insinuaban en el pensamiento clásico contrario al relativismo moral, y han sido desarrolladas por parte del pensamiento contemporáneo que ha estudiado la ley natural.

1. EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ESTADOUNIDENSE

1.1. *El análisis constitucional comparado como fenómeno cultural*

En los Estados Unidos, el interés por el Derecho extranjero y por el Derecho comparado en cuanto método de estudio e investigación se remonta, al menos, a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Un botón de muestra es el auspicio que, en 1948, otorgó la *Association of American Law Schools (AALS)* —entidad que reúne a todas las Facultades de Derecho del país— al encuentro del *Institute in the Teaching of International and Comparative Law*. En un excelente artículo publicado en 1950, John R. Stevenson da cuenta de interesantes pormenores de aquella reunión, e incluye un apéndice en el que demuestra que, ya en aquel entonces, 26 Escuelas de Derecho ofrecían cursos de Derecho comparado en general (5).

(5) STEVENSON, John R. (1950): 623-628.

En el campo del Derecho constitucional, sin embargo, el carácter insular inglés pegó más fuerte en el país norteamericano, que ha estado sumergido hasta muy recientemente en lo que se dio en llamar «provincialismo constitucional» (6), esto es, una inclinación a encerrarse en las soluciones propias e ignorar todo lo extranjero, acompañada de una tendencia refractaria al Derecho constitucional comparado (7). No obstante, esto ha cambiado recientemente, tanto en el campo académico como en el mundo judicial. La transformación ha sido tan significativa que, probablemente, los Estados Unidos son hoy el principal laboratorio del mundo en esta materia: el lugar donde más se profundiza en los pros y los contras del análisis comparativo en materia constitucional, donde se ponen sobre la mesa de un modo privilegiado las preguntas más relevantes que deben ser respondidas en cualquier jurisdicción del mundo (8).

Mostraremos dos indicadores importantes del auge del Derecho constitucional comparado como disciplina académica. En primer lugar, la calidad y la cantidad de Facultades de Derecho que ofrecen hoy en día cursos sobre esta materia, la mayoría de ellos con el título *Comparative Constitutional Law*. Una búsqueda no exhaustiva nos lleva a la considerable cifra de 36 Escuelas de Derecho, que incluyen nombres del prestigio de Yale, Harvard, Columbia, Chicago, NYU, UCLA, Penn, Cornell, Georgetown, Boston University, Boston College, Notre Dame, Fordham y Virginia (9). Yale incluso ofrece varios cursos sobre temas afines a la comparación constitucional (10). También hay varias universi-

(6) ACKERMAN, Bruce (1997): 773-774.

(7) Para una buena explicación de este aislacionismo constitucional, cfr. HARDING, Sarah K. (2003): 417-423.

(8) Dicho sea de paso, en Argentina ocurre otro tanto *mutatis mutandis*. Como ejemplo puede consultarse el debate sobre el uso del Derecho constitucional extranjero entre los profesores Carlos Rosenkrantz, Leonardo Filippini, Mariela Puga y Máximo Lanusse, en las páginas de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo (Argentina). ROSENKRANTZ, Carlos F. (2005); FILIPPINI, Leonardo (2007); ROSENKRANTZ, Carlos F. (2007); PUGA, Mariela, y LANUSSE, Máximo (2009). José Sebastián Elías también ha realizado una excelente contribución al asunto: ELÍAS, José Sebastián (2006): 102-103.

(9) Véase, abundando en lo señalado, el mensaje de 2001 de la Presidenta de la *Association of American Law Schools*, en el cual señala que el Derecho internacional y el Derecho comparado han sido, de lejos, las áreas en las que más ha crecido la oferta de cursos de las Escuelas de Derecho en los cinco años precedentes. Cfr. <http://www.aals.org/presidentsmessages/pmnov01.html>, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.

(10) En 2008 las materias eran *Comparative Constitutional Law*, *World Constitutionalism*, *Comparative Indigenous People's Rights: of Constitutions, Cultures, and Claims* y *European Convention on Human Rights*. Cfr. <http://www.yale.edu/bulletin/html/law/course.html>, visitado por última vez el 15 de julio de 2008. En 2009-2010, se ofrece el curso *Comparative Constitutional Law* (20518). Cfr. <http://www.yale.edu/bulletin/html/law/course-offerings.html>, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.

dades que enseñan la materia en sus programas de verano, algunos de los cuales tienen lugar fuera de sus fronteras (por ejemplo, *Louisiana State University* y *Valparaiso University* imparten sus programas en la Argentina).

Este fenómeno universitario se ha reflejado también en la ya aludida *Association of American Law Schools*, cuya «reunión de mitad de año» (*Mid-Year Meeting*) de 2008 tuvo como uno de sus temas principales el Derecho constitucional comparado bajo el rubro «Constitucionalismos alternativos» (11).

El segundo indicador es la calidad y la cantidad de libros sobre esta materia publicados en los Estados Unidos en los últimos años. Profesores de la talla de Mauro Cappeletti, Norman Dorsen, Karl Loewenstein, Walter Murphy, Giovanni Sartori y Mark Tushnet —todos ellos estadounidenses o radicados allí— han escrito uno o más volúmenes sobre Derecho constitucional comparado. En total, hemos contado unos 20 libros impresos en suelo estadounidense exclusivamente dedicados a nuestra disciplina, la amplia mayoría de los cuales vio la luz en el tercer milenio (12). A ello deben sumarse numerosas decenas de artículos, aparecidos en casi todas las *law reviews* que editan las Escuelas de Derecho y en revistas jurídicas especializadas (13). Más aún, en 2003 un grupo de profesores fundó el *International Journal of Constitutional Law* (*I•CON*), una publicación semestral de categoría, enfocada principalmente hacia el Derecho constitucional comparado.

Finalmente, resumiremos a continuación el debate entre los jueces Scalia y Breyer, con el cual hemos comenzado este trabajo, pues, por su repercusión y por la envergadura de sus protagonistas, representa de modo relevante la importancia de la problemática estudiada.

Como hemos adelantado, en enero de 2005 tuvo lugar en los Estados Unidos un debate entre dos miembros del más alto tribunal de ese país: Antonin Scalia y Stephen Breyer. Discutieron, principalmente, acerca de la conveniencia del uso de jurisprudencia extranjera en casos constitucionales tratados por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Los magistrados desarrollaron sus opiniones a partir de los siguientes interrogantes: al hablar de precedentes extranjeros, ¿se alude sólo a aquellos de Derecho constitucional o también a los de Derecho internacional? ¿Se los entiende como una fuente vinculante o tan sólo persuasiva? Si no se los tuviera

(11) Cfr. http://www.aals.org/events_2008constitutionalwhy.php, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.

(12) Los más en boga son JACKSON, Vicki C., y TUSHNET, Mark (1999); DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András, y BAER, Susanne (2003).

(13) Estos artículos incluyen contribuciones destacadas por su autoridad, como la de la jueza de la Corte Suprema Ruth Bader Ginsburg. GINSBURG, Ruth Bader (2004).

por obligatorios, ¿servirían, al menos, para fortalecer la idea de que los Estados Unidos comparten una moral y un marco jurídico comunes con el resto del mundo?

El juez Scalia, por ser partidario de que sólo es conveniente mirar hacia otros países en el momento de crear una Constitución, se mostró reticente al uso del Derecho extranjero para interpretar la Constitución de su propio país. Sin embargo, manifestó que sí lo utilizaría para interpretar tratados internacionales.

Consecuentemente, al ser la jurisprudencia extranjera Derecho extranjero, el juez Scalia jamás la emplearía para resolver casos constitucionales. Asimismo, manifestó que recurrir a decisiones de Cortes extranjeras implica asumir que los Estados Unidos, efectivamente, comparten un marco legal y una moral con el resto del mundo; mas, para él, esto último definitivamente no es acertado.

También indicó que, a no ser que los precedentes extranjeros se entiendan como vinculantes, no tendría sentido citarlos. Por otro lado, tenerlos por obligatorios significaría pensar que el pueblo estadounidense querría ser gobernado de acuerdo con lo que los extranjeros creen.

Por último, el juez Scalia criticó la selectividad de los jueces al recurrir a las decisiones de Cortes extranjeras. Señaló que los magistrados únicamente citan aquella jurisprudencia que vigoriza su posición, ocultando deliberadamente la otra cara de la moneda.

El juez Breyer sostuvo que, sin duda, y a pesar de no ser vinculante, la jurisprudencia extranjera debe tenerse en cuenta. Por entender que los jueces extranjeros son personas con un entrenamiento similar al de los jueces estadounidenses y que resuelven conflictos análogos a los que se deliberan en los Estados Unidos, el juez Breyer manifestó que las decisiones de las Cortes extranjeras son relevantes y deben ser utilizadas.

Por último, con relación a la crítica del juez Scalia relacionada con la selectividad, el juez Breyer afirmó que aquel no es un problema exclusivo de los precedentes extranjeros, sino que puede ocurrir al citarse cualquier tipo de jurisprudencia. Además, indicó que cada juez sabe lo que debe hacer y lo que no, y espera que, como él hace, todos los jueces procuren actuar correctamente.

1.2. *El uso del Derecho constitucional extranjero por la Corte Suprema*

Es una verdad generalmente aceptada que, en materia constitucional, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ignorado la jurisprudencia de los tri-

bunales extranjeros hasta fecha reciente (14). Los cambios ocurridos en la academia en los últimos años, referidos en el párrafo anterior, coincidieron con la instalación en la Corte del debate acerca del Derecho constitucional comparado. Aunque es difícil determinar si existió alguna relación de causa-efecto entre el fenómeno universitario y el fenómeno judicial, parece razonable pensar que se trata de algo más que una casualidad.

Sin perjuicio de algunos casos precursores en los que votos concurrentes o disidentes incursionaron en el análisis constitucional comparado de un modo reflexivo y deliberado (15), la discusión sobre si citar, o no, Derecho constitucional extranjero eclosionó en tres casos a comienzos del tercer milenio, dos de ellos sobre pena de muerte —*Atkins v. Virginia* (16) y *Roper v. Simmons* (17)— y un tercero sobre penalización de la sodomía homosexual —*Lawrence v. Texas* (18)—. Dado que las opiniones relevantes vertidas en este último caso se hallan sustancialmente incluidas en los otros dos, nos concentraremos en éstos, sin perjuicio de referirnos al tercero cuando sea pertinente.

En 1989, la Corte había decidido en dos importantes casos sobre pena de muerte, ambos por estrecha mayoría de cinco votos contra cuatro. En *Penry v. Linaugh* (19), resolvió que la aplicación de la pena capital a personas retrasadas mentales (20) no violaba la prohibición de penas crueles e inusuales,

(14) HARDING, Sarah K. (2003): 410 y 419. Calabresi y Zimdahl intentan demostrar lo contrario, pero reconocen, en última instancia, que el problema tal como está planteado actualmente data de los últimos años. CALABRESI, Steven G., y DOTSON ZIMDAHL, Stephanie (2005): 755.

(15) Es común señalar como un hito significativo el voto plural en *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), especialmente por la importancia que se le asignó, en dos de los casos que estudiaremos luego —*Atkins* y *Roper*—, a la referencia que la pluralidad de *Trop* hace a la práctica de las «naciones civilizadas del mundo». *Trop*, págs. 102-103. Entre las disidencias, sobresalen las del juez Breyer en *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 976 (1997) y en la denegación de *certiorari* en *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, 993 (1999). Ambas recibieron reprimendas de dos jueces que, con el correr del tiempo, se convertirían en abogados de la negativa al uso de citas extranjeras en la adjudicación constitucional. Cfr. *Printz*, núm. 11, pág. 921 (SCALIA, J.), y *Knight*, pág. 990 (THOMAS, J.).

(16) 536 U.S. 304 (2002).

(17) 543 U.S. 551 (2005).

(18) 539 U.S. 558 (2003).

(19) 492 U.S. 302 (1989), *per* O'Connor, J. En este caso, la mayoría estuvo integrada por Rehnquist, C. J., y White, O'Connor, Scalia y Kennedy, J. J.

(20) Es importante subrayar que este caso no se refiere a *cualquier* persona retrasada mental, sino sólo a aquellas que, de acuerdo con la específica determinación del jurado en un juicio, tienen suficiente capacidad para ser penalmente responsables. *Penry*, págs. 330-333. Otro tanto ocurre con *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), al que se hará referencia en breve. Cfr. *Atkins*, pág. 306 (voto de la mayoría) y págs. 338-339 (disidencia de Scalia, J., a la que se adhirieron Rehnquist C. J., y Thomas, J.).

impuesta por la Constitución de los Estados Unidos (21). En *Stanford v. Kentucky* (22) sostuvo, en una línea parecida, que tampoco era cruel e inusual, en términos constitucionales, la imposición de la pena de muerte a un sujeto que era menor de edad en el momento de cometer un delito. Como veremos a continuación, estos dos precedentes ya no están vigentes.

En *Atkins v. Virginia* (2002) (23), la Corte consideró que los estándares de decencia a la luz de los cuales debía juzgarse si la imposición de la pena de muerte a personas retrasadas mentales constituía un castigo cruel e inusual habían evolucionado desde *Perry v. Linaugh*. Después de repasar lo acostumbrado en los distintos estados, el Tribunal concluyó que «la práctica [de la pena de muerte en este tipo de supuestos] se ha convertido, por tanto, en algo verdaderamente inusual, y justo es decir que se ha desarrollado un consenso nacional en su contra» (24). En una nota al pie de esta frase, agregó:

«Evidencias adicionales muestran con claridad que este juicio legislativo refleja un consenso social y profesional mucho más amplio [...] [aquí, la Corte trae a colación las posiciones de asociaciones médicas y de comunidades religiosas contrarias a la pena de muerte para personas retrasadas mentales, así como también encuestas de opinión entre el público estadounidense en sentido similar]. Más aún, dentro de la comunidad mundial, la imposición de la pena de muerte por crímenes cometidos por un delincuente retrasado mental está abrumadoramente desaprobada [...] [aquí, el Tribunal cita una presentación de la Unión Europea como *amicus curiae*]» (25).

La Corte entendió que estos factores —incluida la práctica jurídica prevalente en la comunidad mundial— «de ningún modo son determinantes», y sólo

(21) La Enmienda VIII establece: «No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles e inusuales.»

(22) 492 U.S. 361 (1989), *per* Scalia, J. En este caso, la mayoría estuvo integrada por los mismos jueces que la mayoría de *Penry*: Rehnquist, C. J., y White, O'Connor, Scalia y Kennedy, J. J.

(23) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *per* Stevens, J. La mayoría estuvo integrada por Stevens, O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer, J. J. En disidencia, Rehnquist, C. J., y Scalia y Thomas, J. J., votaron por mantener el criterio afirmado en *Penry*, favorable a la constitucionalidad de la pena de muerte en casos de retrasados mentales. Como puede observarse, a pesar de que los jueces O'Connor y Kennedy habían integrado la mayoría de *Penry*, en *Atkins* entendieron que aquel precedente de 1989 debía ser abandonado.

(24) *Atkins*, pág. 316.

(25) *Atkins*, pág. 316, nota 21. Mirando una vez más a Europa, al año siguiente, en *Lawrence v. Texas*, la mayoría del Tribunal invocó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en la búsqueda de «valores que compartimos con una civilización más amplia». *Lawrence*, pág. 576.

recurrió a ellos porque «prestán un apoyo adicional a nuestra conclusión de que existe un consenso entre aquellos que han enfrentado esta cuestión» (26). Sin embargo, la referencia al Derecho extranjero, a pesar de haber estado confinada a una nota minúscula y de haber sido relativizada por el voto mayoritario, despertó una airada respuesta por parte de los jueces disidentes.

Después de hacer notar que la consideración de fuentes extranjeras para la determinación de una cuestión constitucional no se encuentra avalada por los precedentes del Tribunal y que contradice, además, ciertos aspectos del federalismo, la disidencia agregó que no entendía cómo «los puntos de vista de otros países acerca del castigo a sus propios ciudadanos podían brindar algún tipo de apoyo a lo que, en definitiva, decide la Corte» (27). Concluyó que, si de lo que se trata es de comprobar si existe un consenso *nacional*, «entonces, los puntos de vista de otros países son simplemente irrelevantes» (28).

La nota de la mayoría en *Atkins* y la respuesta de la disidencia se erigieron en el primer *round* del moderno debate estadounidense sobre la invocación de Derecho extranjero en la jurisprudencia constitucional. Veamos ahora un nuevo episodio de la saga, otra vez en el contexto de la discusión de la pena de muerte.

De la misma manera que, en *Atkins*, la Corte reconsideró la cuestión que había sido decidida en *Penry*, en *Roper v. Simmons* (2005) (29) el Tribunal volvió a considerar la abordada 16 años antes en *Stanford v. Kentucky*, a saber, si la imposición de la pena de muerte a un sujeto que era menor de edad en

(26) *Ibidem*.

(27) *Atkins*, pág. 324 (disidencia de Rehnquist, C. J., a la que se adhirieron Scalia y Thomas, J. J.). Paralelamente, en *Lawrence v. Texas*, el voto disidente sostuvo que, a los efectos de determinar si en los Estados Unidos es inconstitucional la penalización de la sodomía homosexual, es irrelevante la práctica de las naciones extranjeras. Disidencia del juez Scalia, a la que se adhirieron Rehnquist, C. J., y Thomas, J., *Lawrence*, pág. 598.

(28) *Ibidem*, pág. 325. En su disidencia separada, el juez Scalia afirmó, con su característico estilo punzante, que son irrelevantes «las prácticas de la “comunidad mundial”, cuyas nociones de justicia —es de agradecer— no siempre coinciden con las de nuestro pueblo». *Atkins*, págs. 347-348. Al disidir en *Lawrence v. Texas*, el juez Scalia agregó que la referencia al Derecho extranjero es, además de irrelevante, peligrosa, pues «la Corte no debe imponer modismos, usos o modas a los americanos». *Lawrence*, pág. 598, con cita del voto concurrente del juez Thomas en la denegación de *certiorari* en *Foster v. Florida* 537 U.S. 990, 990-991 (2002).

(29) 543 U.S. 551 (2005), *per* Kennedy, J. La mayoría estuvo integrada por Stevens, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer. En disidencia, Rehnquist, C. J., y O'Connor, Scalia y Thomas, J. J., votaron por mantener el criterio afirmado en *Stanford v. Kentucky*, favorable a la constitucionalidad de la pena de muerte en casos de menores de edad. Como puede observarse, a pesar de que el juez Kennedy había integrado la mayoría de *Stanford*, en *Roper v. Simmons* entendió que aquel precedente de 1989 debía ser abandonado.

el momento de cometer un delito constituye un castigo cruel e inusual. Es- trechamente dividida una vez más, la Corte razonó inicialmente de un modo similar al adoptado en *Atkins*: repasó la práctica de los estados desde 1989 hasta 2005, y concluyó que, para esta última fecha, existían indicios suficientes de un consenso nacional contrario a la pena capital en estos casos (30). Además, el Tribunal agregó que su propio juicio independiente coincidía con el consenso evidenciado, pues, según su criterio, la pena de muerte es un castigo desproporcionado para delinquentes menores de edad (31). Es aquí, en el contexto del juicio de razonabilidad de esta pena realizado por la Corte, donde se incursiona nuevamente en el Derecho constitucional comparado. Sin embargo, lo que en *Atkins* había sido una nota al pie, en *Roper* ocupa toda una sección —la cuarta y última— del voto de la mayoría (32).

El Tribunal intenta justificar por qué acude al Derecho constitucional extranjero en esta materia: aquél es «instructivo», aun cuando no sea de aplicación obligatoria ni constituya Derecho vigente (33); el casi unánime rechazo de la pena capital para estos casos por parte de las naciones del mundo torna «apropiado» el reconocimiento de dicha práctica internacional, y «otorga significativa y respetada confirmación» a las conclusiones de la Corte (34). La constatación de que ciertos derechos fundamentales también son afirmados por otros pueblos «subraya» la centralidad de esos mismos derechos dentro de la propia tradición constitucional estadounidense (35).

El furibundo voto en disidencia del juez Scalia en *Roper* (36) niega toda posible justificación para el uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional y, además, descrece la veracidad de la explicación ofrecida por el voto mayoritario. Según la disidencia, lo que en realidad hizo la mayoría fue otorgar al Derecho extranjero el carácter de autoridad vinculante, fundando efectivamente su decisión en aquél (37). La premisa básica del argumento de la mayoría de la

(30) *Roper*, págs. 567 y 574.

(31) *Roper*, pág. 575.

(32) Si bien la jueza O'Connor votó en disidencia, lo hizo por separado (respecto de los otros tres disidentes), entre otras cosas para señalar su acuerdo general con la idea del recurso al Derecho constitucional extranjero. Sin embargo, como veremos (nota 44 *infra*), esta jueza consideró errado el uso particular del Derecho extranjero efectuado en este caso por el voto mayoritario.

(33) *Roper*, págs. 575 y 578.

(34) *Roper*, pág. 578.

(35) *Ibidem*.

(36) Se adhirieron a esta disidencia Rehnquist, C. J., y Thomas, J. Del cotejo entre lo escrito por el juez Scalia en este voto y lo sostenido por dicho juez en el debate con el juez Breyer de enero de 2005 —dos meses antes de que *Roper* fuera decidido— surgen numerosas coincidencias.

(37) *Roper*, págs. 627 y 628.

Corte habría sido que el Derecho estadounidense debe adecuarse a las leyes del resto del mundo (38). Además, al igual que lo había hecho ya dos meses antes en su debate con el juez Breyer, el juez Scalia acusa a sus colegas de llevar a cabo un uso selectivo del Derecho extranjero, acudiendo a él en algunos casos sí y en otros no, sin dar razón de estas variaciones (39): esto es sofístico, afirma, pues la verdad es que la Corte recurre al Derecho extranjero sólo cuando le conviene; o sea, cuando aquél coincide con el punto de vista que el Tribunal quiere afirmar (40).

En la sección siguiente formularemos algunas reflexiones en pos de la justificación de un cierto uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional a partir de las frases que hemos entrecomillado del voto de la mayoría en *Roper v. Simmons*. Como se verá, nuestra postura no supone un compromiso con todos los errores denunciados por el juez Scalia. Más aún, de nuestra explicación surgirá que, si las acusaciones de la disidencia fueran acertadas —cuestión ajena al objetivo del presente trabajo—, compartiríamos la pertinencia del reproche. Sin embargo, contra lo sostenido por el juez Scalia, pensamos que, purgado de racionalizaciones y sofismas, el recurso al análisis comparativo tiene un lugar inteligible en la adjudicación constitucional.

1.3. *Elementos para una teoría del uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional*

Conviene, en primer lugar, distinguir el uso del Derecho extranjero en la *adjudicación constitucional* respecto del uso *legislativo* del Derecho extranjero. En este último supuesto nos encontramos en un estadio «preconstitucional» o «prelegislativo», según se trate del momento deliberativo que precede a la sanción de una norma constitucional o legal. El uso legislativo del Derecho extranjero es menos problemático, pues el legislador —en un sentido amplio— no está constreñido por el ordenamiento jurídico vigente —puede reformarlo— y, además, debe realizar permanentemente juicios de eficacia y eficiencia, no sólo

(38) *Roper*, pág. 624.

(39) El actual *Chief Justice* de la Corte Suprema estadounidense, John G. Roberts, también criticó esta selectividad en una de las audiencias senatoriales de septiembre de 2005 que precedieron a su confirmación en el cargo: «Mirar el Derecho extranjero en búsqueda de apoyo se parece a mirar a una multitud y elegir a tus amigos.» LIPTAK, Adam (2008): 3.

(40) *Roper*, págs. 624-627, denunciando (pág. 625) que en los casos de aborto no se quiso tener en cuenta a la enorme mayoría de países que tienen una legislación más restrictiva que la estadounidense. El juez Scalia formuló una denuncia similar en *Lawrence*, pág. 598: «la discusión que la Corte hace de las leyes extranjeras ignora, por supuesto, las de los muchos países que mantienen la prohibición de la sodomía».

de razonabilidad. Por ello, en la búsqueda de una solución eficaz y eficiente a un determinado problema de política legislativa, constituirá una actitud inteligente e inobjetable confrontar el modo en que el mismo problema ha sido resuelto exitosamente en otras jurisdicciones (41). En cambio, los juicios de eficacia y eficiencia —englobados a menudo bajo el rótulo «mérito, oportunidad y conveniencia»— son normalmente ajenos a la función judicial, la cual, por otra parte, se encuentra limitada por las normas aplicables al caso.

La relevancia de la distinción apuntada en el párrafo precedente viene confirmada por el hecho de que los principales detractores del uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional nada tienen en contra de su uso legislativo. Así, por ejemplo, el juez Scalia afirma que «si bien el análisis comparativo es inapropiado en la tarea de interpretación constitucional, es por supuesto significativamente relevante para la tarea de escribir una Constitución» (42). Al mismo tiempo, después de rechazar el uso del Derecho constitucional extranjero por la Corte Suprema, el juez Thomas concede que «el Congreso, en cuanto legislador, puede desear considerar las conductas de otras naciones» (43).

Acotado así el problema, comencemos por aclarar que —ausente un precepto legal en tal sentido—, a nuestro juicio, no existe *obligación* de consultar el Derecho extranjero en la adjudicación constitucional. La pregunta relevante, entonces, es: *¿puede* —en el sentido justificativo— un juez, en casos constitucionales, recurrir al Derecho extranjero para fundamentar su decisión cuando su constitución no lo prohíbe ni lo permite expresamente?

Más allá del acierto o el error de lo concretamente decidido en *Roper v. Simmons*, pensamos que, en la sección IV del voto de la mayoría en ese caso, se encuentran los principios para intentar formular una teoría elemental sobre el uso del Derecho extranjero en la adjudicación constitucional. Por un lado, el Derecho constitucional comparado tiene un rol *confirmatorio*: el análisis comparativo sirve para ratificar la razonabilidad de la norma nacional, lo cual presupone tanto la existencia de esta norma como su razonabilidad. La invocación del Derecho extranjero no puede ser una excusa para sustituir una norma vigen-

(41) Jeremy Waldron sostiene que, si en los Estados Unidos estallara una epidemia, sería ridículo que las autoridades sanitarias estadounidenses, en busca de una solución, no miraran hacia los países en los que ya fue conjurada exitosamente una epidemia similar. Éste es un ejemplo de una analogía más amplia que Waldron pretende trazar entre el consenso científico sobre cómo resolver un problema y el consenso jurídico internacional sobre un determinado asunto. Por las razones que damos en el texto, pensamos que la analogía de Waldron puede servir para explicar el uso legislativo del Derecho extranjero, pero no necesariamente para justificar sin más su uso en la adjudicación constitucional. Cfr. WALDRON, Jeremy (2005): 143-144.

(42) *Printz*, núm. 11, pág. 921.

(43) *Foster*, pág. 990, énfasis en el original.

te (44) —tampoco cuando ésta surge de un silencio legal deliberado—, ni posee la virtud de transformar en razonable aquello que no lo es (45).

Por otro lado, el recurso al Derecho extranjero tiene una función *pedagógica*: el análisis constitucional comparado se aborda con la finalidad de entender mejor —y de explicar mejor— el sentido de la solución vernácula. Como ocurre con el estudio de las lenguas extranjeras, que nos ayuda a comprender mejor la nuestra, el recurso al Derecho comparado ilumina los alcances de la norma nacional (46).

Del rol confirmatorio y pedagógico del Derecho constitucional comparado se sigue que su uso en la adjudicación constitucional siempre debe revestir el carácter de *obiter dictum* —es decir, de algo que, dicho de paso, sirve para reforzar una argumentación que ya se sostiene por sí misma— (47), pues el razonamiento judicial no puede fundarse sin más en una norma extranjera a la que la Constitución no reconoce autoridad.

Si se mantiene este triple carácter (i.e., confirmatorio, pedagógico y *obiter dictum*) del uso del Derecho extranjero y del análisis constitucional comparado en la adjudicación constitucional sobre derechos humanos, nada se opone al uso supletorio o al uso invalidante del Derecho extranjero. En efecto, para hallar una solución para aparentes lagunas, el juez deberá argumentar con base en su propio Derecho, en la medida de lo posible, y podrá confirmar e ilustrar su argumentación racional con la ayuda de lo que haya encontrado en el Derecho comparado. De la misma manera, el juez podrá invalidar alguna parte del derecho interno —por ejemplo, mediante su declaración de inconstitucionalidad— con un argumento fundado en el resto de su Derecho vigente, y reforzado por la razonabilidad advertida en una solución análoga en el Derecho comparado.

(44) Partiendo de la aceptación del rol confirmatorio del Derecho constitucional comparado, se ha criticado el uso que la Corte hizo de él en *Roper*. O'Connor, J., en su disidencia en *Roper*, pág. 604, sostuvo que, en realidad, la «norma nacional» a la que aludimos en el texto no existía, por lo que mal podía hablarse de confirmación alguna. Determinar si esto es cierto constituye una cuestión ajena a los propósitos de este trabajo —aun cuando sea interesantísima, como tantas otras imbricadas en estos complejos casos de la Corte estadounidense—.

(45) Como afirma Carozza, «el mero consenso numérico no provee, por sí mismo, de un fundamento suficiente para realizar juicios definitivos acerca del contenido de las normas sobre derechos humanos». CAROZZA, Paolo G. (2003): 1078-1079. Cfr. también, WALDRON, Jeremy (2005): 139: «[...] un consenso, ya sea en el derecho o en las ciencias, puede estar equivocado».

(46) A pesar de su rechazo a todo tipo de uso del Derecho constitucional comparado en la adjudicación constitucional, Carlos F. Rosenkrantz reconoce que «mirar hacia fuera puede ayudarnos a ver nuestro propio esquema constitucional bajo una nueva luz». ROSENKRANTZ, Carlos F. (2005): 89.

(47) Para una explicación del *obiter dictum*: LEGARRE, Santiago, y RIVERA jr., Julio C. (2008): 580-583.

La búsqueda de confirmación e instrucción tienen particular fundamento cuando se trata de la determinación del alcance de los derechos humanos fundamentales, pues, dada la universalidad de su núcleo esencial indisponible —a la que nos referiremos en la parte siguiente de este trabajo—, no debe resultar sorprendente, ni puede ser casual, la convergencia entre los valores predominantes en las distintas naciones (48). La jueza O'Connor parece vislumbrar este punto en su disidencia en *Roper* cuando afirma que el entendimiento estadounidense de la dignidad humana «ni está completamente aislado de los valores prevalecientes en otros países ni es inherentemente incompatible con ellos. Por el contrario, no deberíamos sorprendernos de encontrar congruencia entre los valores domésticos y los internacionales [...]» (49).

Algunas intervenciones del juez Breyer en el debate de enero de 2005, referido al comienzo de este artículo, parecen ir en el mismo sentido. Este juez contrasta cuestiones como la determinación de si una pena es cruel e inusual comparada con otras «más arcanas» —menciona como ejemplo el Derecho contractual—, en las cuales los diversos sistemas legales pueden haber otorgado a las mismas palabras una aplicación totalmente diferente. Cuando se trata de las primeras, en cambio, «se está formulando una pregunta humana, y los estadounidenses son humanos, como todo el mundo [...]; nuestra gente, en este país, no es tan distinta de la gente de otros pueblos» (50).

2. LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS, PRESUPUESTO DEL USO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO EN SEDE JURISDICCIONAL

En el fondo, *los estadounidenses también «son humanos, como todo el mundo»*. La sección precedente termina con una ironía que reclama y, a la vez, apunta hacia un fundamento para la teoría del uso del Derecho comparado en la adjudicación constitucional. Ese fundamento, según una tradición multisecular de pensamiento jurídico, no puede ser otro que la *común humanidad* de los sujetos a quienes todo ordenamiento jurídico sirve, según la clásica expresión de Hermogeniano: «[...] *hominum causa omne ius constitutum [est] [...]*» (*Digesta* 1.5.2). En el mismo sentido, Carozza afirma que:

(48) Véase FINNIS, John (1980): 83.

(49) *Roper*, pág. 605.

(50) Cfr. el enlace referido en la nota 2 *supra*. Carozza apunta en la misma dirección cuando afirma que «en el fenómeno del discurso judicial internacional comparado sobre derechos humanos —en tanto materia distinta de otras áreas substantivas del Derecho— operan algunas premisas implícitas de derecho natural». CAROZZA, Paolo G. (2003): 1082.

«La fuerza normativa de la jurisprudencia transnacional que hemos examinado tiene como premisa el reconocimiento de la común humanidad de todas las personas. [...] Uno de los fundamentos más fuertes, más centrales, de la jurisprudencia transnacional sobre derechos humanos en estos casos es el reconocimiento de nuestra común humanidad, nuestra naturaleza humana compartida» (51).

De manera que, ahí donde las necesidades y los problemas humanos son similares, parece razonable inspirarse en las respuestas a esas necesidades y en las soluciones de esos problemas que ya han sido probadas por otros. Las reglas e instituciones del Derecho no son la simple expresión de una decisión arbitraria (52), ni pueden limitarse a reiterar lo que se ha hecho siempre, sino que han de buscar continuamente acomodarse de la mejor manera posible a su razón de ser. Esa razón de ser del Derecho es hacer justicia a la dignidad permanente de las personas en medio de las mudables circunstancias de su existencia.

Esta segunda sección no pretende dar cabal cuenta de ese fundamento, por lo demás suficientemente conocido, sino solamente trazar las líneas generales de la defensa de uno de los presupuestos del uso del Derecho comparado, que deriva de esas exigencias universales de justicia: la universalidad de los derechos humanos entendidos como derechos naturales. La defensa de este presupuesto es particularmente necesaria en un contexto cultural que, como el nuestro, presenta con renovado brío el principal obstáculo contra la idea de una comunidad racional y natural entre todos los seres humanos. Primero nos referiremos, en consecuencia, al *multiculturalismo relativista* como principal enfoque contemporáneo que haría superfluo o ininteligible cualquier uso del Derecho comparado en la adjudicación. A continuación, recordaremos la tesis clásica sobre la fuerza racional de lo justo por naturaleza, que se expresa ahora en la idea de la universalidad de los derechos humanos, para mostrar que la universalidad de los derechos humanos y de su raíz —los principios básicos de la razón práctica— permite *las traducciones transculturales* necesarias para formular, en términos análogos y por ende comparables, los problemas constitucionales básicos sobre los derechos humanos y las alternativas fundamentales para darles respuesta. Finalmente, procuraremos explicar de qué manera esta tesis es compatible con

(51) *Ibidem*, pág. 1080.

(52) WALDRON, Jeremy (2005): 145-147, coincidiendo con la doctrina clásica del Derecho como algo de la razón, afirma a este respecto: «Yo no espero que nada de esto persuada a quienes ven el Derecho simplemente como un asunto de voluntad [...]. Para quienes ven el Derecho como un asunto de voluntad, este tipo de teoría es, en el mejor de los casos, una oportunidad de legitimación casual. Pero para quienes ven la decisión jurídica como un asunto de razonamiento a propósito de los problemas, mi planteamiento puede ayudar a explicar por qué los tribunales acuden naturalmente al Derecho extranjero.»

la variabilidad histórica de algunas soluciones justas, y cómo el uso del Derecho constitucional comparado puede aportar también —sin fuentes autoritativas— soluciones jurídico-positivas *injustas* a los conflictos jurisdiccionales en materia de derechos humanos.

2.1. *El desafío del multiculturalismo relativista*

La conciencia de la diversidad de culturas, con sus diversas costumbres y criterios sobre lo lícito y lo ilícito, *no es solamente* un desafío para la concepción antigua de que existe una comunidad moral entre los hombres, sino, en realidad, el *origen mismo* de esa convicción. En efecto, a quien vive sumido en una sola cultura, sin posibilidades de comparación, los criterios socialmente vigentes sobre lo bueno y lo justo le parecen incuestionablemente, al mismo tiempo, lo dado y lo realmente justo. Solamente la sugerencia de una posibilidad distinta, especialmente si se presenta como mejor, plantea la cuestión de si existe un criterio conforme al cual realizar la comparación y dirimir la pretensión de que una costumbre vigente es superior a otra. Por eso, los viajes por las diversas ciudades de la antigua Grecia suscitaron la pregunta de si, acaso, más allá de las diferencias innegables de costumbres, podía haber un patrón racional conforme al cual considerar civilizados a unos y bárbaros a los otros (53).

La controversia actual sobre el multiculturalismo no difiere demasiado de la antigua polémica entre algunos sofistas y Sócrates acerca de la universalidad de la justicia. La diferencia radica, sobre todo, en que el multiculturalismo de ahora se enfrenta con la coincidencia espacio-temporal de la diversidad de culturas en un solo ámbito de vigencia del Derecho y de las demás reglas de convivencia, ya en cuanto a una sola jurisdicción nacional, ya en las relaciones entre naciones cada día más conectadas en un mundo globalizado. Por eso, la respuesta sobre el valor de los criterios culturales comparados entre sí —el valor diverso, de superioridad o inferioridad, o el igual valor de todos ellos sin distinción— tiende a la consecuencia práctica de que se considere justa o injusta una discriminación basada en esa diferencia de valor objetivo.

La literatura filosófica que ha intentado hacerse cargo de este problema resulta actualmente inabarcable. El hecho del multiculturalismo de nuestras sociedades posmodernas se ha agudizado por la velocidad de las conexiones y de los movimientos migratorios en el último siglo, así como por la rápida evolución de los sistemas de creencias morales socialmente vigentes. Piénsese

(53) Cfr. SPAEMANN, Robert (1993): 19-31 (2004): 67-68.

que, por ejemplo, en menos de medio siglo, los Estados seculares occidentales pasaron de proteger la vida de los no nacidos, ancianos y enfermos, a autorizar y garantizar como *derechos legales* el aborto y, en menor medida, la eutanasia. De esa manera, el multiculturalismo, que desafía a la creencia en un criterio moral racional y supracultural, no se alimenta solamente de ese confluir acelerado de las diversas culturas y tradiciones históricas, sino también de la no menos veloz mutación de la cultura occidental, con el desmoronamiento de los valores que Europa exportó, confiada en su superioridad.

En este contexto, la disyuntiva antigua se torna todavía más actual y apremiante. Es ésta: *o relativismo o derecho natural*. Desde luego, el hecho mismo de las sociedades multiculturales no significa nada ni a favor ni en contra de uno de estos extremos de la disyuntiva. Puede haber un *multiculturalismo universalista*; es decir, que acepte la existencia de criterios supraculturales de corrección. Es más, todo multiculturalismo que realmente valore las culturas positivamente no puede fundarse en el nihilismo. En efecto, el nihilismo iguala las culturas, en el fondo, *hacia abajo*, o, mejor dicho, *hacia muy abajo: iguala hacia la nada*. Todas las culturas valen lo mismo para un nihilista porque, en definitiva, ninguna vale nada. Tras todas las apariencias de racionalidad y de dignidad se ocultan —según el desencantado nihilismo posmoderno— el vacío mismo y la fragilidad de los supuestos bienes humanos; tras las valoraciones divergentes entre las culturas, otras tantas manifestaciones de lo único que hay: arbitrariedad, fuerza y enmascarada voluntad de poder.

En cambio, una genuina valoración positiva de la diversidad cultural se fundamenta en que en todas las culturas se advierte una expresión —todo lo imperfecta que se quiera— de la dignidad humana, afirmada por sí misma, y de la común racionalidad y de la común naturaleza que el nihilismo niega. La valoración positiva *de todas* las culturas se basa en lo mismo que permite relativizar o limitar el valor *de cada* cultura; esto es, en el reconocimiento de una común humanidad y de la razón que es capaz de discernir lo bueno de lo malo para esa humanidad.

En el ámbito ético y jurídico, un relativismo extremo —piénsese, por ejemplo, en las variaciones propuestas por Richard Rorty y Paul Feyerabend— priva de sentido y de inteligibilidad a cualquier intento de comparación o de discusión racional en términos de una común racionalidad práctica puesta al servicio de una común humanidad. Rorty, en su defensa de la prioridad de la democracia sobre la filosofía y en otros escritos, sostiene que la defensa de la sociedad liberal contra sus enemigos —entre quienes incluye a los cristianos de firmes convicciones, personificados por Ignacio de Loyola— no puede fundarse en que él y los suyos —los liberales occidentales— tengan mejores argumentos, sino

en que es *su sistema, nuestro sistema* (54). Feyerabend, por su parte, defiende un absoluto relativismo ético, pues, según él, no existe «un “núcleo objetivo” que me capacitaría para combatir al fascismo, no precisamente porque no me guste, sino porque es algo intrínsecamente malo» (55). Sobre estas cuestiones, como, por lo demás, sobre cualquier supuesto conocimiento científico, no poseemos «razones que obliguen a preferir la ciencia y el racionalismo occidental a otras tradiciones, o que le presten mayor peso» (56). Solamente «tenemos una inclinación, y nada más» (57).

Podríamos pensar que tal desesperación sobre el sentido de la discusión racional constituye una profecía autocumplida; que, después de ese nihilismo radical, efectivamente no cabe la discusión racional, mas no porque sea imposible entre las culturas actualmente existentes, sino porque hay *una* cultura —el nihilismo occidental— que ha caído más bajo que todas las demás en su racionalidad fundamental, hasta quedarse con la racionalidad técnico-instrumental, con un pragmatismo mostrenco que imposibilita el diálogo multicultural sobre las cuestiones antropológicas, éticas y existenciales de fondo. Sin embargo, mientras la sociedad mundial entera no se contagie de tan radical involución del pensamiento, vale la pena defender la confrontación racional y el discernimiento razonable de lo mejor de sí que puedan aportar todas las culturas.

Las *categorías jurídicas fundamentales* son, precisamente, una parte de lo que la cultura europea ha aportado a todas las demás como un don precioso, de valor universal. La cultura europea acrisoló los aportes del cristianismo (invento judío), de la filosofía (invento griego) y del Derecho como ciencia práctica (invento romano), de donde se sigue que su contribución clave a la sociedad multicultural estriba, respectivamente, en la convicción de la igualdad radical y de la libertad fundamental de todos los seres humanos por su origen y su destino trascendentes (cristianismo), en el uso creativo y sistemático de la razón para explicar la naturaleza y comprender al hombre (filosofía y ciencias), y en la capacidad de pensar y de ordenar las relaciones humanas mediante categorías conceptuales jurídicas y políticas de indefinida adaptabilidad y complejidad (Derecho). Desde la matriz de una Europa que creía en sí misma y que, por eso, se expandió por todo el orbe, comenzó a nacer un mundo integrado, donde las culturas se entrecruzan e influyen recíprocamente precisamente porque la matriz europea las ha hecho a todas ellas capaces de abrirse más allá de sí mismas.

(54) Cfr., entre los muchos lugares donde Richard Rorty ha defendido su conocido relativismo pragmático, RORTY, R. (1996).

(55) FEYERABEND, Paul (1984): 85.

(56) *Ibidem*, pág. 59.

(57) *Ibidem*, pág. 85.

Europa inventó el multiculturalismo. Las categorías europeas son, por eso, históricas y capaces de trascender la historia al mismo tiempo, propias de su cultura y capaces de armonizar las diferentes culturas. Tal es el fundamento para que podamos utilizar los razonamientos jurídicos y las soluciones jurisprudenciales de manera transcultural, entre ordenamientos jurídicos que no los incorporan explícitamente mediante reglas autoritativas.

2.2. *La fuerza racional de lo justo y el recurso a la jurisprudencia extranjera*

Aristóteles distinguió, en el libro V de su *Ética a Nicómaco*, entre lo justo natural y lo justo legal; entre lo que vale como debido anteriormente al acuerdo entre los hombres y lo que sólo comienza a ser debido en virtud de un convenio entre los hombres (58). Los juristas romanos acogieron una distinción similar para dar cuenta del carácter jurídico —lo debido en las relaciones entre los hombres— de algunas exigencias independientes de las leyes establecidas por las autoridades: exigencias que la misma naturaleza ha enseñado a todos los animales (*ius naturale* en sentido estricto) y exigencias que la razón humana indica a todos los hombres (*ius gentium* o derecho natural derivado por conclusión racional) (59). La evolución del pensamiento jurídico posterior en Europa dejó establecido que las cuestiones fundamentales de justicia no dependen de la decisión de la autoridad pública, sino de criterios racionales que permiten la crítica moral de la autoridad. Solamente algunos autores, como Hobbes, hacen depender toda justicia de la ley positiva (60); otros, como los relativistas radicales, simplemente disuelven la creencia en una justicia objetiva (da igual si *racional* o *legal*). En cambio, la mayoría de las personas y de los juristas distinguen entre cosas que son debidas por estar mandadas y cosas que están mandadas por ser debidas, así como entre cosas que son malas por estar prohibidas y cosas que están prohibidas por ser malas, según la clásica distinción de Hugo de San Caro (61).

Esta diferencia se refleja en una convicción contemporánea muy extendida entre los teóricos analíticos del Derecho; a saber: que los jueces están obliga-

(58) Cfr. ARISTÓTELES: V, 7: 1134b 18-24.

(59) La división triple (Derecho civil, de gentes y natural) procede de un texto atribuido a ULPIANO: 1.1.1.

(60) Cfr. HOBBS, Thomas: c. 30.

(61) Cfr. HERVADA, Javier (1987): 149. La distinción fue recogida por Tomás de Aquino en AQUINO, Tomás de: 1-2, 57, 2 *ad* 3.

dos a dictar sus sentencias siguiendo a la vez las normas del Derecho y las de la moral, coordinadas de tal manera que las normas morales —especialmente aquellas que prohíben las injusticias más grandes— tengan preferencia sobre las normas meramente legales, como han sostenido H. L. A. Hart, Joseph Raz, Matthew Kramer, Ronald Dworkin y otros (62).

En síntesis, hay criterios de adjudicación que están vigentes en virtud de su autoridad legal y otros que lo están en virtud de su intrínseca racionalidad. Los primeros han sido establecidos autoritativamente en una determinada comunidad política; los segundos, con independencia del tiempo y del lugar donde primero hayan sido descubiertos o formulados, se imponen —si se nos permite decirlo así— por el atractivo racional de los argumentos que muestran la razonabilidad y la justicia de una determinada solución a un problema jurídico. La preferencia de los criterios morales —o de justicia— sobre los meramente legales se refleja en la experiencia universal de quienes intervienen en las controversias jurídicas más difíciles; quienes, a poco andar, reconocen «el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia» (63).

El uso de la jurisprudencia extranjera por los jueces de una jurisdicción que no incorpora explícitamente esas fuentes se explica por la existencia de este segundo tipo de criterios, los que antiguamente se englobaban bajo la categoría formal de lo justo natural o de los preceptos de la ley natural (decimos «formal» por lo que explicaremos en la sección final: 2.3). En el caso de la adjudicación constitucional sobre derechos humanos, el uso del Derecho constitucional comparado ha de mostrar —de hecho, como hemos visto en la primera parte, *ha mostrado*— un especial respeto por las directrices internas sobre cuáles son las fuentes jurídicas vinculantes; mas esta necesidad de respeto por las fuentes autoritativas locales —un aspecto de la sujeción de los jueces a *todo* el Derecho vigente y no solamente al *derecho natural* (64)— no anula el atractivo racional de los argumentos y de las soluciones que han sido halladas por otros jueces en otras jurisdicciones; especialmente, si se refieren a casos muy semejantes.

Las soluciones que aporta el Derecho comparado —el cual, a su vez, contiene elementos autoritativos y elementos racionales— ejercen su influjo en la medida en que el principio de justicia exige tratar los casos semejantes de manera semejante, y los casos diferentes de manera diferente, pues este principio de

(62) Una exposición de estas posiciones neoiusnaturalistas —o como se las quiera llamar— en el ámbito analítico puede verse en ORREGO, Cristóbal (2007).

(63) DWORKIN, Ronald (1984): 51.

(64) Cfr. FINNIS, John (1996).

justicia está implícito en el significado de aplicar una misma regla a lo largo del tiempo y del espacio (65). El juicio de semejanza y de diferencia exige contar con categorías homogéneas, que sean comunes por lo menos entre la cultura jurídica *a quo* y la cultura jurídica *ad quem*. En el caso más específico de la adjudicación constitucional sobre derechos humanos, nuestro argumento afirma, en definitiva, que el uso del Derecho constitucional comparado de los derechos humanos presupone: (i) que, *de hecho*, se ha expandido la categoría conceptual de los derechos humanos, categoría que es una creación cultural de la ciencia jurídica occidental (66); pero, también, (ii) que se admite la universalidad material de los contenidos más básicos de los derechos humanos y de los principios de la razón práctica en que esos derechos se basan. Sin este doble presupuesto, el traslado del contenido material desde una jurisdicción a otra no puede tener *pretensión de justicia*, porque no consistiría en dar una solución semejante a un problema semejante. Sin embargo, hemos visto que solamente el atractivo racional de la solución extranjera *en cuanto justa* —no en cuanto autoritativamente establecida— puede motivar razonablemente su adopción por los jueces constitucionales o supremos locales. En consecuencia, solamente el presupuesto de la comunidad moral entre los hombres y la sustancial semejanza de los problemas jurídicos, así como de la adecuación de las soluciones razonables ya probadas en otras jurisdicciones, permite fundamentar el uso del Derecho constitucional comparado en la adjudicación sobre derechos humanos.

De esta forma fundamentamos nuestra posición favorable al uso prudente —i.e., con respeto de las fuentes autoritativas internas— del Derecho constitucional comparado en la adjudicación constitucional sobre derechos humanos. Sin embargo, el fundamento de este uso en la comunidad racional entre los hombres, en su común dignidad y en la universalidad de los derechos humanos fundamentales, no desconoce los problemas relacionados con la variabilidad histórica del contenido concreto de los derechos humanos y con las diferencias entre las diversas culturas (y jurisdicciones) en cuanto al conocimiento —o desconocimiento— de las verdaderas exigencias de los derechos humanos (i.e., del derecho natural).

(65) Así lo ha puesto de relieve, entre otros, HART, H. L. A. (1961): 156-157, 202 y 251.

(66) Cfr. TUCK, Richard (1979); TIERNEY, Brian (1997); FORTIN, Ernest (1982); McINERNEY, Ralph (1991); TIERNEY, Brian (2002a); FINNIS, John (2002), y TIERNEY, Brian (2002b).

2.3. *Adaptación histórica de lo justo natural y falibilidad de la razón jurídica*

Nuestro intento de fundar en la universalidad de los derechos humanos el legítimo uso transcultural y transjurisdiccional del Derecho constitucional comparado sobre esos derechos no desconoce ni la adaptación histórica de lo justo por naturaleza ni la falibilidad de la razón humana en su conocimiento de las exigencias jurídicas de la dignidad del hombre. Solamente afirma que, si se recurre a la jurisprudencia extranjera en estas materias, es en cuanto se reconoce la vigencia de lo que en ella hay de razonable —con independencia de su autoridad como fuente de derecho positivo—, en la medida en que es aplicable a casos suficientemente semejantes. Ahora bien, la formalidad de lo justo por naturaleza, que es de suyo universal e inmutable, puede revestir principios menos universales, aplicados a circunstancias cambiantes, y puede incluso revestir algunas conclusiones erróneas de la razón práctica con una apariencia de justicia y validez transcultural. Estos dos hechos suficientemente conocidos no invalidan el carácter universal e inmutable de los principios primeros de la razón práctica, sino que, más bien, lo confirman; solamente bajo el supuesto de esta validez de los principios básicos puede adquirir fuerza de obligar todo aquello que no obliga por proceder de una fuente autoritativa. Incluso en el caso de las conclusiones erróneas, se las adopta transjurisdiccionalmente en tanto que, aun cuando por equivocación, se conciben como expresiones de auténticas exigencias universales de la razón y de la justicia. A continuación nos referimos a estos dos tipos de casos.

Hemos visto en la primera parte que la Corte Suprema de Estados Unidos utilizó la jurisprudencia europea como apoyo subsidiario —*obiter dictum*— para su conclusión de que la aplicación de la pena capital a discapacitados mentales y a quienes eran menores de edad en el momento de cometer el delito constituye un castigo cruel e inusual, prohibido por la Constitución. En los dos casos se trata de ajustar el estándar permanente —la prohibición de una pena injusta por ser *cruel e inusual*— de acuerdo con una situación variable, que es la sensibilidad de los ciudadanos. El argumento parece ser que, con independencia del valor de autoridad de la jurisprudencia extranjera —que no se reconoce—, el hecho de que ella, en sustancial acuerdo con las opiniones de muchos grupos contrarios a la pena capital, la considere en algunos supuestos como cruel e inusual *puede ser un indicio de que, efectivamente, es cruel e inusual en esos supuestos*. El argumento muestra que cabe mantener el principio general —la prohibición de una pena cruel e inusual— como exigencia universal de justicia y, al mismo

tiempo, aceptar que su aplicación admite variaciones o adaptaciones históricas, que son materia de consenso. Esto significa que se usa el Derecho constitucional comparado entre otros indicadores de la justicia de una solución, la cual vale por su justicia y no por la autoridad de su fuente, pero que la justicia de una solución determinada puede incluir aspectos mudables, porque la variación de las circunstancias —como la sensibilidad respecto de las penas— torna desemejantes los casos que son semejantes en otros aspectos.

Por otra parte, hemos de ir más allá de estos casos, porque la pena es un típico caso de *determinatio* de la ley natural, es decir, un caso en que la justicia misma de la pena depende de un elemento prudencial y consensual, sujeto, por ende, a variaciones de tiempo y de lugar. Más allá de estas variaciones, sin embargo, los argumentos que hacen posible el uso transjurisdiccional de la jurisprudencia extranjera presuponen que, al menos, una parte del estándar consiste en algo *justo de suyo*, en una solución que *se ajusta* a un problema típico y, por ende, comparable y susceptible de servir de modelo para otras jurisdicciones. La semejanza fundamental, que permite argumentar más allá del valor de autoridad de un criterio y de una solución, es la semejanza entre los *sujetos* —con sus bienes naturales o básicos, sus problemas y sus intentos de solucionarlos—: los seres humanos de diversas jurisdicciones, tiempos y lugares. De ahí que afirmemos que el fundamento necesario de la legitimidad del uso del Derecho constitucional comparado en materia de derechos humanos es la existencia de unos bienes humanos básicos —o de unos fines esenciales, que son los bienes de los diversos aspectos permanentes de la naturaleza del hombre—, que constituyen los respectivos objetos de los primeros principios de la razón práctica (67).

Estos principios permiten argumentar *a favor y en contra* de determinadas soluciones (v. gr., de aplicar, o no, la pena capital o de permitir, o no, el aborto o la eutanasia) a problemas permanentes de justicia y de derechos humanos (v. gr., combatir los crímenes más dañinos para el bien común, armonizar la protección de la madre y del feto nonato, proteger la vida de los enfermos junto con su libertad para afrontar dignamente una muerte inevitable). Sin unos principios justificadores comunes, no podrían tener aplicación transcultural las soluciones que pretenden resolver problemas semejantes, porque esas soluciones no podrían presentarse bajo la formalidad más general de lo que es simplemente justo.

La formalidad —o el significado abstracto— de *lo que es justo de suyo* —i.e., del derecho natural— también está presente en todo aquello que alguien

(67) Nos remitimos a la explicación fundamental de FINNIS, John (1980): 281-290.

estima y defiende como justo, aunque no lo sea en realidad. De ahí que nuestra posición acerca de la legitimidad del recurso al Derecho constitucional comparado sobre los derechos humanos no excluya el hecho de que ese uso de los argumentos y precedentes extranjeros sirva también para importar soluciones injustas a problemas compartidos. No existe una panacea que asegure la expansión universal del verdadero derecho natural. Esto exige lucha política y jurídica para hacer ver sus razones y para hacerlas valer en sede jurisdiccional.

Esta tesis puede entenderse mejor si acudimos otra vez a los casos estudiados en la primera parte. En los dos casos se usa el argumento de que ha cambiado la sensibilidad sobre la pena de muerte en Estados Unidos, y se añade, *obiter dictum*, que este cambio de mentalidad también se expresa en Europa. Ahora se considera que la pena capital es *cruel e inusual*, al menos cuando se aplica a los deficientes mentales y a quienes eran menores cuando cometieron el crimen respectivo. Los jueces estiman que ese consenso puede ser un indicio de que la pena capital, efectivamente, es cruel e inusual. El argumento nos recuerda la concepción tradicional del *ius gentium* como *aquello que está en uso entre todas las naciones*, en lo que todas convienen por una convención que la teoría de la ley natural atribuía —como motivo formal o propio— a la intrínseca racionalidad del respectivo objeto: a que constituye una derivación por conclusión de la ley natural (68). Entre las instituciones típicas de *ius gentium* antiguo se hallaban la propiedad privada y la esclavitud —en su evolución medieval, la servidumbre—, no porque estas instituciones correspondieran a las exigencias básicas de la razón humana, sino porque la razón descubría su utilidad o su conveniencia atendidas las circunstancias reales de la convivencia. Si pensamos que la propiedad privada es una exigencia de justicia —mientras que la esclavitud es repudiada como una conculcación del derecho natural a la libertad de todos los hombres—, se entiende lo que queremos decir cuando sostenemos que la formalidad de lo justo universal —lo justo en todas partes y para todos— es necesaria para justificar el traslado de una solución jurídica a otra jurisdicción (en ausencia de fuente autoritativa), pero que esto no implica que el contenido material de la solución sea necesariamente justo.

Así sucede, por ejemplo, que los argumentos y la jurisprudencia comparada sobre el aborto —por acudir a un ejemplo entre tantos— han influido —sin base en fuentes positivas— en la jurisprudencia de muchos países, a pesar de contradecir gravemente el derecho natural a la vida. Sin embargo, esta posición ética y jurídica ha podido expandirse en cuanto se ha presentado con argumentos que la revisten bajo la formalidad de los derechos humanos universales. De

(68) Cfr. AQUINO, Tomás de: 1-2, 95, 4.

esa manera, la afirmación de la universalidad de los derechos humanos no opera necesariamente a favor de los derechos humanos verdaderos, sino que es la razón formal que subyace, como nuevo derecho de gentes, bajo la legitimación del uso transcultural y transjurisdiccional del Derecho constitucional comparado sobre las exigencias fundamentales de la justicia. Mas, aunque la afirmación de la universalidad de los derechos humanos no siempre opere a favor de los verdaderos derechos humanos —de la dignidad inalienable de cada persona—, la negación relativista de esa universalidad —de esa dignidad humana intrínseca— sí que opera indefectiblemente en su contra. Dicho en otras palabras: si bien la universalidad de los derechos humanos no garantiza el éxito del análisis comparado, su negación impide toda comparación racional.

3. CONCLUSIONES

Una teoría justificadora del uso del Derecho constitucional comparado en la adjudicación sobre derechos humanos puede defenderse por su función confirmatoria de la razonabilidad intrínseca de una solución y por su función pedagógica o instructiva. Por eso, presupone la vigencia de un núcleo universal de razonabilidad práctica común y de un núcleo universal de los derechos humanos. Sin embargo, este uso del Derecho comparado no desconoce ni la variabilidad de las aplicaciones históricas de los principios ni la corrupción de esos principios en asuntos particulares. De ahí que el uso del Derecho comparado exija la argumentación racional que procura mostrar la justicia intrínseca de la solución propuesta, más allá del simple hecho de haber sido adoptada por otras jurisdicciones, por numerosas y poderosas que puedan ser. En efecto, se sostiene que el fundamento de este uso es la universalidad de la razón práctica y no el peso de la autoridad de la comunidad internacional. Por eso, la argumentación racional, que se usa para apoyar una solución razonable en el Derecho comparado —de manera subsidiaria, complementaria, confirmatoria e instructiva—, también puede y debe usarse para rechazar la aplicación del Derecho comparado allí donde, según esta misma argumentación racional, sea insuficiente o incorrecto. Por eso, porque la vigencia del Derecho comparado se funda en su concordancia con el derecho natural, su uso en la jurisdicción interna ha de ser, en este sentido (69), necesari-

(69) Este sentido de selectividad nos parece distinto del criticado por el juez Scalia (*supra* 40), pues este último implica *mirar* solamente la mitad de la biblioteca que favorece la posición que uno considera razonable; la selección inevitable y necesaria que nosotros defendemos exige, en cambio, atender a todos los casos relevantes donde se encuentren razones universalizables, que valen por sí mismas.

riamente selectivo. Esta selectividad —usar aquello que conviene y desechar el resto— no tiene por qué calificarse de arbitraria, pues es la simple confirmación del carácter no autoritativo del Derecho extranjero: vale lo que valen sus razones, y nada más.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce (1997): «The Rise of World Constitutionalism», *Virginia Law Review*, núm. 83, págs. 771-797.
- AQUINO, Tomás de: *Summa Theologiae*.
- ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*.
- CALABRESI, Steven G., y DOTSON ZIMDAHL, Stephanie (2005): «The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision», *William and Mary Law Review*, núm. 47, págs. 743-909.
- CAROZZA, Paolo G. (2003): «“My Friend Is a Stranger”: The Death Penalty and the Global *Ius Commune* of Human Rights», *Texas Law Review*, núm. 81, págs. 1031-1089.
- DEBATE (2005): entre dos jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, <http://domino.american.edu/AU/media/mediarela.nsf/1D265343BDC2189785256B810071F238/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument>, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.
- (2006): http://www.fed-soc.org/publications/pubID.173/pub_detail.asp#, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.
- DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András, y BAER, Susanne (2003): *Comparative Constitutionalism*, St. Paul, Thomson-West.
- DWORKIN, Ronald (1984): *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- ELÍAS, José Sebastián (2006): «Legal Reasoning in Developing Countries: The Case of Argentina», *The 2005 Annual Publication of the Australian Legal Philosophy Students Association*, págs. 95-103.
- FEYERABEND, Paul (1984): *Adiós a la razón*, Madrid, Tecnos.
- FILIPPINI, Leonardo (2007): «El Derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, núm. 1, Buenos Aires, págs. 191-202.
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- (1996): «The Truth in Legal Positivism», en Robert P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Oxford University Press, págs. 195-214.
- (2002): «Aquinas on ius and Hart on Rights: A Response to Tierney», *The Review of Politics*, núm. 64, 3, págs. 407-410.
- FORTIN, Ernest (1982): «The New Rights Theory and the Natural Law», *The Review of Politics*, núm. 44, págs. 590-612.

- GINSBURG, Ruth Bader (2004): «Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication», *Yale Law & Policy Review*, núm. 22, págs. 329-337.
- HARDING, Sarah K. (2003): «Comparative Reasoning and Judicial Review», *Yale Journal of International Law*, núm. 28, págs. 409-464.
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- HERVADA, Javier (1987): *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa.
- HOBBS, Thomas: *Leviathan*.
- JACKSON, Vicki C., y TUSHNET, Mark (1999): *Comparative Constitutional Law*, New York, Foundation Press.
- LEGARRE, Santiago, y RIVERA Jr., Julio C. (2008): «Nature and Dimensions of *Stare Decisis*», en Olivier MORÉTEAU, Julio ROMANACH, Jr. y Alberto Luis ZUPPI (eds.), *Essays in Honor of Saúl Litvinoff*, Baton Rouge, Claitor's Publishing, págs. 561-583.
- LIPTAK, Adam (2008): «U.S. Court Is Now Guiding Fewer Nations», *New York Times*, 18 de septiembre, disponible en <http://www.nytimes.com/2008/09/18/us/18legal.html?hp=&adxnlnx=1221750684-x/TQo9BGKk/1OAw%20yvju8A&pagewanted=print>, visitado por última vez el 18 de diciembre de 2009.
- MCINERNEY, Ralph (1991): «Natural Law and Human Rights», *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 36, págs. 1-14.
- NEUMAN, Gerald L. (2006): «International Law as a Resource in Constitutional Interpretation», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 30, págs. 177-189.
- ORREGO, Cristóbal (2007): «Natural Law Under Other Names: *De nominibus non est disputandum*», *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 52, págs. 77-92.
- PUGA, Mariela, y LANUSSE, Máximo (2009): «El regreso del búmeran. Los préstamos del Derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras “otras” preguntas», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, núm. 1, Buenos Aires, págs. 171-209.
- RORTY, R. (1996): «La prioridad de la democracia sobre la filosofía», en R. RORTY, *Objetividad, relativismo y verdad. Escritos filosóficos*, núm. 1, Barcelona, Paidós, págs. 239-266.
- ROSENKRANTZ, Carlos F. (2005): «En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del Derecho extranjero», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, núm. 1, Buenos Aires, págs. 71-95.
- (2007): «Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, núm. 1, Buenos Aires, págs. 203-213.
- SPAEMANN, Robert (1993): *Ética: cuestiones fundamentales*, Pamplona, Eunsa.
- (2004): «La actualidad del derecho natural», en *Ensayos filosóficos*, Madrid, Ediciones Cristiandad.
- STEVENSON, John R. (1950): «Comparative and Foreign Law in American Law Schools», *Columbia Law Review*, núm. 50, págs. 613-628.
- TIERNEY, Brian (1997): «The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights», *Natural Law and Church Law 1150-1625*, Atlanta, Scholars Press.

- (2002a): «Natural Law and Natural Rights. Old Problems and Recent Approaches», *The Review of Politics*, núm. 64, 3, págs. 389-406.
- (2002b): «Author's Rejoinder», *The Review of Politics*, núm. 64, 3, págs. 416-420.
- TUCK, Richard (1979): *Natural Rights Theories. Their Origin and Development*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ULPIANO: *Digesta*.
- WALDRON, Jeremy (2005): «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, núm. 119, págs. 129-147.

RESUMEN

En la primera parte del trabajo explicamos el núcleo del problema que supone el Derecho constitucional comparado, tomando como ejemplo el caso estadounidense. Después de mostrar la presencia del fenómeno en el plano cultural y jurisprudencial, concluimos que el uso del análisis comparativo en materia constitucional puede estar justificado si se dan ciertas condiciones que, necesariamente, restringen su ámbito de aplicación. Además, dicho uso presupone la aceptación de la universalidad de los derechos humanos, a cuya explicación dedicamos la segunda parte del trabajo, a la vez que mostramos su relevancia para el debate en cuestión.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional comparado; jurisprudencia extranjera; universalidad de los derechos humanos.

ABSTRACT

The first part of this article tries to explain what is Comparative Constitutional Law and takes as an example the US legal practice. The presence of comparative analysis is portrayed both in the cultural arena and in the case law of the Supreme Court. The conclusion of this first part is that Comparative Constitutional Law only makes sense if it is understood as restricted by several constraints explained in this article. It is also suggested that the comparative enterprise only makes sense if the universality of human rights is first acknowledged. The second part of the paper delves on such universality and connects it with notions of natural law that are thought to be, by the authors, essential for the adequate understanding of this topic.

KEY WORDS: Comparative constitutional law; universality of human rights.