

# En contra de los “Préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero

Por Carlos F. Rosenkrantz •

1. En este artículo quiero reflexionar sobre la adopción o, como se lo conoce en el debate académico de los Estados Unidos, el “préstamo” de leyes y materiales jurídicos foráneos por parte de tribunales domésticos, así como sobre otros usos del derecho extranjero. La sección 2 de este trabajo describe la relevancia que el derecho extranjero, en especial el derecho de los Estados Unidos de América, ha tenido en el desarrollo constitucional de la Argentina. El Profesor Jonathan Miller tiene razón cuando afirma que el derecho constitucional estadounidense fue un “talisman” en la historia Argentina.<sup>1</sup> La sección 3 muestra las que, estimo, son las mejores razones en favor de la práctica del “préstamo”. En la tradición legal argentina los “préstamos”, a pesar de ser muy usuales, no han recibido demasiada atención y nadie ha reflexionado mucho sobre ellos; por ello, la discusión en la sección 3 será más bien teórica sin que me pueda referir a autores locales. La sección 4 introduce los problemas que los “préstamos” pueden enfrentar y las razones por las cuales deben ser resistidos. El argumento básico que he de desarrollar es que la heterogeneidad del derecho constitucional y las dificultades en la validación democrática de la decisión de un tribunal de adoptar o tomar prestado derecho extranjero hacen a la actividad de tomar “prestado”, cuando menos, problemática. La sección 5 se centra en otros usos del derecho extranjero, distintos al “préstamo”, a los que llamaré aquí “usos no autoritativos”. En la sección 5, discutiré los méritos de usar el derecho extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal. Esta sección 5 también trata el “diálogo actual entre los tribunales de la comunidad mundial”<sup>2</sup>, y adopto un punto de vista distinto –opuesto– al de aquellos jueces que se refieren en sus decisiones al derecho extranjero con el objetivo de tomar parte en una conversación internacional. Mi idea es que la referencia a material extranjero en las sentencias es inconveniente, principalmente porque agrega complejidad innecesaria a las decisiones judiciales –las cuales, idealmente, deberían ser tan simples como fuera posible– y porque dificulta el desarrollo de una cultura constitucional autóctona. La sección 6 finaliza destacando algunas ideas generales.

Dos comentarios introductorios resultan apropiados. Primero, que la perspectiva de este artículo es la de alguien que vive en un país que ha usado y abusado del derecho extranjero pero que, a pesar de este uso y abuso y probablemente a causa de él, ha fracasado en su intento de construir una cultura legal y constitucional sustentable. En

---

• Este artículo es una versión con algunos cambios del ensayo “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”, publicado en inglés en el *International Journal of Constitutional Law*, 2003; 1: 269-295. La traducción del texto, incluyendo las citas originalmente en inglés, estuvo a cargo de Sebastian Elias, a quien el autor desea agradecer. Colaboraron en la revisión de la traducción Ariel Romano y el autor.

1. Ver Jonathan M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith*, 46 AM. U. L. REV. 1483 (1997).

2. *Euromepa S.A. v. R. Esmerian, Inc.*, 51 F. 3d 1095 (2d Cir. 1995).

consecuencia, mi aspiración es modesta. Simplemente quiero ofrecer una razón para hacer una pausa y reflexionar sobre el prevaleciente entusiasmo con el cual el derecho extranjero en general –y el derecho constitucional extranjero, en particular- es imitado prácticamente en todas partes.

Segundo, dado que “préstamo” es una expresión que usamos en nuestras conversaciones legales con muchos sentidos diferentes, resulta necesario empezar con una definición. En este artículo entenderé por “préstamo” a la decisión de un tribunal local de usar en una de sus sentencias derecho extranjero cuando dicho uso se hace basado, al menos parcialmente, en el hecho de que el tribunal local considera que el derecho extranjero debe tener alguna autoridad local en virtud de que ostenta autoridad en su jurisdicción de origen. Esta definición difiere de otras más familiares en tanto excluye como instancias de “préstamo” todos aquellos usos del derecho extranjero que no derivan de la convicción de que el derecho extranjero, por una razón u otra, debería ser vinculante en el ámbito local. Prefiero esta definición porque ayuda a destacar los casos en los que el uso del derecho extranjero se torna más problemático.

**2.** Argentina ha practicado incansablemente el “préstamo constitucional”, y lo ha hecho con particular extensión en dos áreas fundamentales del derecho constitucional: el diseño institucional y los derechos fundamentales. Argentina tuvo dos constituciones de corta vida, la de 1819 y la de 1826<sup>3</sup>, ninguna de las cuales fue inspirada por la Constitución de los Estados Unidos. Incluso hubo algunas figuras políticas muy influyentes –Bolívar entre ellas<sup>4</sup>- que sostuvieron que la América hispana no estaba lista para replicar el sistema de los Estados Unidos. Aún así, en 1853 Argentina organizó la estructura de sus poderes siguiendo las líneas de las competencias políticas establecidas por los Padres Fundadores de la Constitución de los Estados Unidos. Como José Benjamín Gorostiaga, el más prominente miembro de la Convención Constituyente de 1853, expresara, la nueva Constitución “fue forjada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos.”<sup>5</sup>

La Constitución de 1853 preveía un Presidente con una duración fija en el cargo; una soberanía territorial dual –el Estado Federal y las Provincias-; un Congreso

---

3. Ambas constituciones eran unitarias. Ver Valentín Gómez, Discurso pronunciado en la Sesión del Congreso Constituyente del 15 de abril de 1826, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS (Emilio Ravignani ed., 1937).

4. Atilio Borón cree que América Latina, debido al autoritarismo hispánico, la distribución de la tierra, y la escasa familiaridad con el autogobierno, era –en general- inapropiada para la democracia representativa. Por ello, Borón sostiene: “Muchos países latinoamericanos imitaron exitosamente la Constitución de los Estados Unidos; lo que resultó imposible de reproducir en sociedades basadas en latifundios fueron las estructuras sociales y económicas creadas en los Estados Unidos por un capitalismo basado en granjeros libres... e industrialistas urbanos”. Ver Atilio A. Borón, Latin America: Constitutionalism and the Political Traditions of Liberalism and Socialism, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY: TRANSITIONS IN THE CONTEMPORARY WORLD, 339 (Douglas Greenberg et al., eds., Oxford Univ. Press 1993). El Profesor Nicholas Shumway ha descrito a Bolívar como desconfiando de la factibilidad de replicar la organización política de los Estados Unidos en América Latina. Ver Symposium, Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and Accountability, 36 Tex. INT’L L. J. 319, 322 (2001).

5. Ver Declaración de José Benjamín Gorostiaga, Convención Constituyente de 1853, Sesión del 20 de Abril de 1853, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS (Emilio Ravignani ed., 1937).

bicameral con cámaras simétricas, donde la Cámara de Diputados y el Senado tenían el mismo rol en el proceso legislativo; y, finalmente, un Poder Judicial investido tanto del deber de resolver disputas de derechos, como la facultad de invalidar la legislación que contradijera la Constitución. Al igual que la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución Argentina de 1853 es rígida, en el sentido de que no puede ser reformada con facilidad, y es suprema, en el sentido de que sus disposiciones normativas prevalecen por sobre toda otra norma legal.<sup>6</sup>

La fascinación de los constituyentes argentinos por la Constitución de los Estados Unidos, no se debía a la falta de otros modelos constitucionales. Es cierto que, en 1853, la historia de la humanidad no había visto aún otra gran república que hubiera sido capaz de mantenerse como tal. El único ejemplo viviente de una federación, además de los Estados Unidos, era Suiza. Pero la decisión de replicar la Constitución de los Estados Unidos no fue consecuencia de la escasez de modelos constitucionales. Los constituyentes del '53 podrían haber dado rienda libre a su imaginación, como lo habían hecho antes en las convenciones que produjeron las constituciones de 1819 y 1826, cuando no buscaron inspiración en la constitución de los Estados Unidos.<sup>7</sup>

En cambio, hubo en la historia temprana de la Argentina una profunda convicción de que la Constitución de los Estados Unidos había sembrado el germen del progreso político y económico en ese país, y se asumió que el mismo germen penetraría en la Argentina por el sólo hecho de adoptar exactamente la misma constitución.<sup>8</sup> Esta creencia respecto del modelo constitucional de los Estados Unidos resurgió en el momento de la redacción de la Constitución en 1853. Así, tanto Juan Bautista Alberdi, autor de las Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina, libro que sirvió de proyecto para la Constitución de 1853, como Domingo F. Sarmiento, quien sería luego Presidente de la República y una de las figuras políticas e intelectuales de la época, apoyaban la idea de romper con la tradición española y de adoptar las

---

6. La diferencia más notoria entre la Constitución estadounidense y la argentina, en lo que respecta a la organización del poder, es que la Constitución Argentina establece un presidente mucho más poderoso. En el modelo argentino, el presidente está facultado para designar los miembros del gabinete sin necesidad del acuerdo del Senado; el presidente puede utilizar el veto parcial; y, en ciertas circunstancias, puede declarar el estado de sitio sin la aprobación del Congreso. Ver Carlos Nino, *Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America*, 44 U. MIAMI L. REV. 129 (1989); William C. Banks & Alejandro Carrió, *Presidential Systems in Stress: Emergency Powers in Argentina and the United States*, 15 MICH. J. INT'L L. 1 (1993).

7. Nuestros constituyentes del '53 pudieron haber seguido, también, los modelos de Chile y Perú. Ambos países habían adoptado sus constituciones antes de 1853, y ambos podrían haber servido como modelos para la Constitución Argentina.

8. La admiración por el modelo constitucional norteamericano ya se encontraba presente en los primeros productos intelectuales del ambiente revolucionario argentino. Así, en el Plan de Operaciones para las Provincias Unidas del Río de la Plata, diseñado por Mariano Moreno, se lee: "Patria mía, ¡cuántas mutaciones tienes sufrir! ¿Dónde están noble y grande Washington, dónde están las lecciones de tu política? ¿Dónde las reglas laboriosas de la arquitectura de tu grande obra? Tus principios y tu régimen serán capaces de conducirnos, proporcionándonos tus luces, a conseguir los fines que nos hemos propuesto." Mariano Moreno, *Plan de las Operaciones que el Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata debe poner en Práctica para consolidar la Grande Obra de Nuestra Libertad e Independencia*, en *ESCRITOS POLÍTICOS Y ECONÓMICOS* 306 (Norberto Piñero ed., 1915).

instituciones de los Estados Unidos.<sup>9</sup> Ambos pensaban que adoptar el modelo constitucional norteamericano sería lo mejor para el desarrollo político y económico del país. Alberdi sostenía que, de otra manera, la cultura hispanoamericana impediría la formación de una república representativa, la cual –hasta ese momento– sólo se había alcanzado en los Estados Unidos y Suiza.<sup>10</sup> Sarmiento era aún más sanguíneo en su defensa de la importación del derecho constitucional norteamericano.<sup>11</sup> En un libro introductorio sobre la nueva Constitución, Sarmiento sostuvo que para lograr éxito la Argentina debía seguir estrictamente el derecho constitucional de los Estados Unidos.<sup>12</sup> Él creía que la intención original de los constituyentes del '53 había sido asegurar para la Argentina “el éxito de los Estados Unidos”, lo cual podía garantizarse con la adopción del derecho constitucional norteamericano.<sup>13</sup>

La idea de incorporar a la Constitución de los Estados Unidos como una fuente final de autoridad normativa fue ratificada durante el siguiente paso evolutivo en el desarrollo constitucional del país. La Provincia de Buenos Aires no había participado en la Convención Constituyente de 1853. La razón de dicha ausencia había sido la oposición al gobierno nacional de Justo José de Urquiza, como así también el interés de Buenos Aires en mantener el control sobre su puerto y los correspondientes ingresos provenientes de la aduana. Sin embargo, en 1860, luego de la derrota militar en Cepeda, Buenos Aires decidió incorporarse a la federación. A fin de proteger sus intereses, Buenos Aires exigió el derecho de revisar la Constitución de 1853 y convocó una convención provincial con la expresa tarea de recomendar modificaciones al texto de aquella.

El objetivo de la convención provincial era “purgar” la Constitución de 1853 de todas las cláusulas que difirieran de la constitución de los Estados Unidos.<sup>14</sup> Con este objetivo en mente, la convención provincial creó el Comité Examinador para revisar la Constitución de 1853. Los registros revelan que una de las aspiraciones principales de Buenos Aires, era restaurar el derecho constitucional de los Estados Unidos en la parte que hubiera sido

---

9. JUAN BAUTISTA ALBERDI, BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, Buenos Aires (1852). DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, ARGIRÓPOLIS (1896), reproducido en OBRAS COMPLETAS DE SARMIENTO 18-18 (Editorial Luz del Día, 1950) citado en Miller, supra nota 1, pág. 1505/1508.

10. ALBERDI, supra nota 9, pág. 233. Es interesante destacar que Alberdi no sólo prestó atención a la constitución de los Estados Unidos, sino también a las de California y Massachussets. Alberdi pensaba que todas ellas eran una guía útil para alcanzar unidad, libertad y progreso.

11. Alberdi era mucho más cauteloso que Sarmiento respecto a la adopción del derecho constitucional estadounidense. Así, luego de que la Constitución de 1853 fue aprobada, Alberdi escribió Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853, donde argumentó en contra de la fascinación de Sarmiento con la idea de importar el derecho constitucional norteamericano íntegramente. Alberdi estaba convencido de que la historia local jugaba un rol en el desarrollo de las prácticas constitucionales de la Argentina. Ver JUAN BAUTISTA ALBERDI, ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1853, 5 OBRAS COMPLETAS DE JUAN BAUTISTA ALBERDI (La Tribunal Nacional 1886); Miller supra nota 1, pág. 1519.

12. DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, COMENTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA DE 1853 29-30 (Editorial Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso 1929).

13. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1516.

14. En su discurso en la convención provincial, Vélez Sársfield dijo que el comité no había hecho más que restaurar el derecho constitucional de los Estados Unidos. Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal, en 4 ASAMBLEAS CONSTITUYENTES ARGENTINAS 769 (Emilio Ravignani ed., 1937); Miller supra nota 1, pág. 1524.

modificada por los constituyentes de 1853. Vélez Sársfield, redactor del Código Civil, jurista eminente, futuro Ministro del Tesoro y del Interior, y uno de los miembros del Comité Examinador, fue el principal expositor de este punto de vista dentro de la convención provincial de 1860.

La importancia de la Constitución de los Estados Unidos como fuente de autoridad, emerge una y otra vez a lo largo de todo el siglo diecinueve. En casi todas las instancias en las que se decidía alguna cuestión importante, aparecía este punto de vista. Así por ejemplo, tanto la cuestión del federalismo, como la de los poderes de los gobiernos locales, y la cuestión de si el gobierno federal podía ejercer autoridad sobre la Ciudad de Buenos Aires –este último, fue probablemente el debate político más importante en la década de 1880– fueron discutidas con referencias a la autoridad de la Constitución de los Estados Unidos.

La expectativa general de quienes forjaron nuestra historia constitucional era que las interpretaciones sustantivas de la constitución norteamericana deberían ser vinculantes también en la Argentina. La idea era que se necesitaba una fuente de autoridad normativa obligatoria para prevenir la multiplicidad de discursos normativos que usualmente surgen cuando ninguna institución tiene la capacidad de brindar interpretaciones autoritativas de un texto constitucional. La multiplicidad normativa y divergencia interpretativa eran, de algún modo, asimiladas a la anarquía, y se creía –en consecuencia– que la organización institucional del país requería evitar a ambas. Sarmiento, como se expresó antes, insistía en que el derecho constitucional formado por los precedentes norteamericanos debía ser vinculante para las cortes argentinas. Creía que las autoridades argentinas debían seguir la Constitución de los Estados Unidos tan estrictamente como fuera posible, no tanto porque fuera más o menos aplicable a nuestro país, sino porque si las autoridades lo hicieran nos encontraríamos con un precedente respecto al cual nadie podría decir, simplemente, “esta es mi opinión.”<sup>15</sup> Sarmiento estaba tan convencido de la necesidad de obtener un discurso normativo unívoco y dominante que sostenía que, para construir una nueva Argentina, el intérprete constitucional no debería centrarse en la realidad doméstica sino confiar en el derecho norteamericano. Así, Sarmiento sostuvo que el derecho constitucional norteamericano, la doctrina de sus estadistas, las declaraciones de sus tribunales, la práctica constante en los puntos idénticos o análogos constituían autoridad en la República Argentina y podían ser alegados en los litigios y adoptados como una genuina interpretación de nuestra propia Constitución.<sup>16</sup> Bartolomé Mitre participaba de la misma idea. Durante los debates sobre la construcción del puerto, Mitre –por entonces ex presidente– sostuvo que la Argentina debía descubrir la “doctrina verdadera”, constituida por los precedentes norteamericanos de la Constitución que habíamos tomado como modelo.

La Corte Suprema apoyó esta tendencia imitativa. En 1877, en el famoso caso “De la Torre”<sup>17</sup>, la Corte se refirió al poder del Congreso para arrestar a un periodista por haber informado sobre una sesión secreta. En “De la Torre”, la Corte dijo –en un estilo que prevaleció durante todo el siglo diecinueve–: “El sistema de Gobierno que nos rige no es nuestra creación. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia

---

15. Ver SARMIENTO, *supra* nota 12, pág. 872; Miller, *supra* nota 1, pág. 1526.

16. Ver SARMIENTO, *supra* nota 12, pág. 59; Miller, *supra* nota 1, pág. 1517.

17. Fallos 19:231 (1877).

y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.”

No es posible explicar muchos fallos de la Corte Suprema sino como intentos por seguir de cerca los precedentes norteamericanos. En 1887, en “Sojo”,<sup>18</sup> la Corte sostuvo que el artículo 20 de la Ley 48 no podía interpretarse como confiriendo jurisdicción originaria a la Corte Suprema en los casos de hábeas corpus, como se había alegado. La Corte afirmó que la Constitución impedía tal expansión de su jurisdicción original, citando precedentes norteamericanos, y envió el caso a un tribunal inferior para su tramitación. Resulta difícil entender esta decisión. El texto constitucional, como dijo el por entonces Ministro de la Corte Iburguren, de ninguna manera prohíbe que el Congreso extienda la jurisdicción originaria de la Corte Suprema. El Artículo 101 (numeración anterior a la reforma) –que es muy similar al artículo III, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos– permitía una interpretación textual en virtud de la cual el Congreso se encontraba autorizado a extender el número de casos a ser juzgados originariamente por la Corte Suprema. Además, y como también sostuvo Iburguren, un gran número de miembros del Congreso que votaron la Ley 48 habían sido previamente miembros de la Convención Constituyente que sancionó el texto constitucional, y el hecho de que ellos hubieran votado la ley ampliando las competencias originarias de la Corte Suprema revelaba que no habían encontrado ningún problema de constitucionalidad en la creación de nuevos casos que pudieran ser decididos por ella en forma originaria. Finalmente, “Sojo” no se ajustaba a los precedentes de la propia Corte Suprema.<sup>19</sup> La única explicación para la decisión del caso “Sojo” era, como sugiere el Profesor Miller, que la Corte siguió lo resuelto en “Marbury v. Madison”,<sup>20</sup> en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que la jurisdicción originaria no podía ser ejercida sin una autorización explícita de la constitución.<sup>21</sup>

Argentina se apoyó en la Constitución Norteamericana no solamente para el diseño de sus instituciones políticas sino también para dar forma a su propio sistema de derechos fundamentales. La Declaración de Derechos argentina refleja muchas de las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos,<sup>22</sup> y ha sido interpretada por los tribunales argentinos siguiendo los lineamientos del derecho constitucional norteamericano. Este apoyo en el derecho norteamericano no debería causar sorpresa, dada la existencia en muchas jurisdicciones, incluida la de los Estados Unidos, del canon interpretativo llamado “doctrina de la ley prestada” (“Borrowed Statute Doctrine”). Este canon interpretativo sugiere que cuando un legislador copia una ley de un poder legislativo extranjero, puede presumirse que conocía la forma en que dicha ley era interpretada por los tribunales extranjeros; es razonable, en consecuencia, concluir que el legislador desearía que los tribunales nacionales

---

18. Fallos 32:120 (1887)

19. La Corte Suprema había decidido, previamente, casos que involucraban a periodistas que habían interpuesto acciones contra órdenes de detención emitidas por el Senado. Ver, por ej., “De la Torre”, Fallos 19:231 (1877); “Acevedo”, Fallos 28:406 (1885).

20. 5 U.S. 137 (1803).

21. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1547.

22. Particularmente, la Primera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta Enmienda.

interpretaran la ley de una manera consistente con la interpretación de los tribunales extranjeros.<sup>23</sup> En pocas palabras, no es difícil concluir que cuando un legislador “toma prestado”, el respeto por el legislador extranjero exige ajustarse a las decisiones de los tribunales extranjeros. Pero cualquiera sea el poder explicativo y justificatorio de la “doctrina de la ley prestada”, la realidad es que la Corte Suprema argentina incorporó, consciente y voluntariamente, la interpretación que la Corte de los Estados Unidos hacía respecto de la Constitución Norteamericana.

El caso más importante en el campo de las libertades económicas de las primeras décadas del siglo pasado, “Ercolano c. Lanteri de Renshaw”<sup>24</sup>, fue decidido en 1922 recurriendo a casos norteamericanos. En “Ercolano”, la Corte debía decidir si un plan de congelamiento de alquileres era constitucionalmente admisible. A pesar de que los constituyentes del '53 favorecían con bastante más énfasis que sus pares norteamericanos la economía del *laissez-faire*, y que la Constitución Argentina era más explícita que la de los Estados Unidos en la protección de los derechos y libertades económicas<sup>25</sup>, la Corte Suprema encontró que el congelamiento de los alquileres era constitucional. La Corte no tenía precedentes nacionales para decidir como lo hizo. Al contrario, poco tiempo antes la misma Corte había decidido “Horta c. Harguindeguy”<sup>26</sup>, donde había declarado inconstitucional el congelamiento de los alquileres cuando se aplicaba a contratos en vigencia. A pesar de “Horta c. Harguindeguy” y de otros precedentes, la Corte Suprema siguió el precedente norteamericano “Block v. Hirsch”<sup>27</sup>, donde la Corte Suprema de los Estados Unidos había sostenido la constitucionalidad de una ley de control de alquileres, y se colocó del lado de los inquilinos.

De forma similar, en “Avico c. De la Pesa”<sup>28</sup>, donde se discutía la cuestión de si la disminución de las tasas de interés hipotecarias y la moratoria en las ejecuciones de hipotecas existentes era constitucional, la Corte Suprema fue fuertemente influenciada por el derecho norteamericano. Los precedentes de la Corte no eran claros. “Ercolano” apuntaba hacia la constitucionalidad, pero “Horta” lo hacía en la dirección opuesta. En una larga decisión, de la cual dos terceras partes fueron destinadas a discutir precedentes norteamericanos como “Nebbia v. New York”<sup>29</sup> y “Home Building & Loan Ass’n v. Blaisdell”<sup>30</sup>, la Corte Suprema concluyó que era constitucionalmente admisible que la legislatura interviniera y alterara las condiciones contractuales de hipotecas privadas. Con una disidencia que insistió en la necesidad de respetar los derechos de propiedad consagrados en la Constitución, la

---

23. Ver, por ej., William S. Blatt, *Interpretative Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation*, 95 NW. U.L.REV. 629, 679 n. 335 (2001); Jens C. Dammann, *The Role of Comparative Law in Statutory and Constitutional Interpretation*, 14 ST. THOMAS L. REV. 513, 527 (2001).

24. Fallos 136:161 (1922).

25. Arts. 14 y 17, Constitución Nacional.

26. Fallos 137:47 (1928).

27. 256 U.S. 135 (1921).

28. Fallos 172:21 (1934).

29. 291 U.S. 502 (1934).

30. 290 U.S. 398 (1934), declarando la validez constitucional de una moratoria hipotecaria del Estado de Minnesota que daba a los tomadores de préstamos un plazo de gracia de dos años para evitar la ejecución de sus propiedades.

Corte Suprema dijo que los precedentes estadounidenses eran auténtica y erudita interpretación de los principios incorporados en nuestra Constitución<sup>31</sup>.

La tendencia imitativa también era notoria en materia de interpretación de la cláusula del debido proceso.<sup>32</sup> Así, en 1981, en “Montenegro”<sup>33</sup>, la Corte tuvo que decidir un aberrante caso en que el acusado había sido torturado hasta confesar su culpabilidad. El Tribunal, en vez de centrarse en la legislación local, se apoyó en “Spano v. New York”<sup>34</sup>. La Corte, al igual de lo que había hecho su par norteamericana, caracterizó el caso como uno que introducía el conflicto entre el interés de la sociedad en la pronta y eficiente ejecución de las leyes y el interés de la sociedad en evitar que los derechos de sus miembros individuales sean cercenados por métodos inconstitucionales.<sup>35</sup> Al seguir a la Corte de los Estados Unidos, la Corte Argentina despojó a la confesión de toda fuerza como evidencia.

Existen muchos otros casos similares,<sup>36</sup> pero los mencionados hasta aquí son suficientes para mostrar la influencia que el derecho constitucional de los Estados Unidos ha tenido entre nosotros. Como dice Miller, “Argentina ofrece un ejemplo no sólo de la adopción de un modelo constitucional extranjero, sino también del modelo extranjero convirtiéndose rápidamente en un artículo de fe...”<sup>37</sup> Por cierto, cada vez que las autoridades argentinas tuvieron que afrontar un problema nuevo y dificultoso, en lugar de mirar en sus propias experiencias, tradiciones y valores legales, la atención se centró en el derecho extranjero. Yo estoy convencido que eso no ha sido, en general, para bien. Creo que al referirse al derecho extranjero con tanta asiduidad las autoridades constitucionales y los jueces han obstaculizado la habilidad del país para desarrollar los recursos culturales internos necesarios para resolver casos constitucionales “autoritativamente”. Especular sobre lo que otros países han hecho en circunstancias similares es, por cierto, un desafío importante y una ayuda para pensar mejor nuestros propios problemas, pero parece improbable que algún país pueda construir una identidad y una cultura constitucional a través de la importación masiva de doctrinas y experiencias constitucionales ajenas. Como George Fletcher ha señalado, “la forma aceptable de resolver disputas y explicar los resultados es mirar hacia

---

31. Fallos 172:21 (1934). Para un excelente análisis de la influencia en Argentina de los precedentes norteamericanos, ver Jonathan Miller, *Judicial Review and Constitutional Stability: A Sociology of the U.S. Model and its collapse in Argentina*, 21 HASTINGS INT’L & COMP. L. REV. 77 (1997).

32. Artículo 18 Constitución Argentina.

33. Fallos 303:1938 (1981).

34. 360 U.S. 315 (1959).

35. Fallos 210:2284 (1981).

36. Ver, por ej., “Fiscal c. Fernández”, Fallos 313:1305 (1990), donde la Corte Suprema enfrentó la cuestión de determinar si la actividad de un agente encubierto es constitucional. La Corte aplicó “Sherman v. United States”, 356 U.S. 369 (1958) y “Hampton v. United States”, 425 U.S. 484 (1976), concluyendo que la recolección de evidencia está protegida constitucionalmente si el oficial solamente aprovecha las oportunidades que le da el acusado y no comete él mismo un delito. Comparar “Fiscal v. Fernández” con “Hoffa v. United States”, 385 U.S. 293 (1966). En el tema de la libertad de expresión, la Corte Suprema también utilizó extensamente precedentes norteamericanos. En “Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos 310:508 (1987), la Corte señaló que los precedentes norteamericanos tienen un innegable valor para nosotros, dada la similitud entre la forma que nuestra Constitución protege la libertad de expresión y la forma en que lo hace la constitución de los Estados Unidos Id. pág. 527. En “Gesualdi c. Cooperativa Periodistas Independientes y ot.”, Fallos 319:3085 (1996) la Corte utilizó el test formulado en “New York Times v. Sullivan”, 376 U.S. 254 (1964).

37. Ver Miller, supra nota 1, pág. 1485.



adentro y reflexionar sobre la cultura legal en que se inserta la disputa”<sup>38</sup> y no mirar hacia fuera importando aquello que es consistente con las aspiraciones de quien tiene la responsabilidad de decidir un caso o de diseñar una cláusula constitucional.

**3.** La práctica del préstamo o “borrowing”, sin embargo, no es totalmente insensata. Hay varias razones de envergadura que se pueden ofrecer en su defensa. Si bien en la tradición argentina no ha habido suficiente reflexión crítica sobre los “préstamos”, no es demasiado difícil hallar razones generales en apoyo de la práctica de importar soluciones foráneas –y su autoridad- para resolver problemas legales domésticos. Estas razones generales pueden sintetizarse, a mi criterio, en cuatro argumentos. Esta sección describe esos argumentos, mientras que en la sección 4 introduciré las dificultades que los mismos plantean.

### 3.1.

Podríamos justificar los “préstamos” cuando el derecho interno y el derecho extranjero se encuentran unidos por una relación de descendencia e historia común. Tal relación parece ser suficiente para justificar la importación de diferentes áreas de la doctrina constitucional y el derecho positivo. Siguiendo a Sujit Choudhy, llamaré a este argumento “genealógico”<sup>39</sup>

Choudhy ha sostenido que las “relaciones genealógicas” difieren de las relaciones “genéticas.”<sup>40</sup> “Las constituciones están genéticamente relacionadas”, dice Choudhy, “si una constitución influencia la sanción de la otra, o si ambas son sancionadas bajo la influencia de una tercera.”<sup>41</sup> La “relación genealógica”, por otra parte, es el vínculo entre un orden constitucional y otro del cuál el primero desciende.<sup>42</sup> El argumento genealógico sostiene que la constitución madre y las interpretaciones de la misma deberían tener autoridad vinculante en el país que adopta tal constitución. En otras palabras, de acuerdo con el argumento genealógico uno puede explicar la fuerza en el ámbito doméstico del derecho extranjero apelando a las relaciones entre las constituciones de los países en cuestión.<sup>43</sup>

### 3.2.

Un segundo argumento en defensa de los “préstamos” se refiere al contexto en el cual el “préstamo” tiene lugar. Este argumento no requiere la íntima relación presupuesta por el “argumento genealógico”, desde que describe una manera más general de conectar normativamente los sistemas legales de diferentes países. Supongamos que hay un caso

---

38. Ver George Fletcher, *Constitutional Identity*, en *CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES* 223 (Michel Rosenfeld ed., Duke Univ. Press 1994).

39. Ver Sujit Choudhy, *Globalization in search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation*, 74 *IND. L. J.* 819 (1999).

40. *Id.* pág. 838.

41. *Id.*

42. *Id.*

43. El argumento genealógico explica el uso de jurisprudencia americana por parte de la Corte Suprema de Canadá –especialmente las decisiones del Chief Justice Marshall en los comienzos del siglo diecinueve-, pasando revista a los acuerdos de los británicos con los pueblos nativos en América. Ver Choudhy, *supra* nota 39, pág. 871.

entre A y B. Luego de considerar cuidadosamente los argumentos esgrimidos por A y por B, y de revisar todos los hechos relevantes del caso y todas las normas aplicables, el Juez J dice que B tiene razón y que debe, en consecuencia, prevalecer en la disputa. Si luego tenemos que decidir una controversia entre C y D, donde la cuestión y las normas aplicables son similares a aquellas comprendidas en el conflicto entre A y B, ¿hay alguna razón general para considerar la decisión de J como autoritativa?

Podemos pensar que una razón en apoyo de concederle alguna autoridad a la decisión de J es la necesidad de evitar multiplicidad normativa y divergencia interpretativa (justamente el objetivo que Sarmiento invocaba cuando pregonaba la adopción de los precedentes constitucionales norteamericanos por parte de los tribunales argentinos). Comoquiera que uno piense respecto de los méritos de la decisión de J, uno puede pensar que es necesario resolver el caso como él lo hizo, a los fines de adherir a aquella solución y reforzar las expectativas que aquel caso debe haber generado. Si cada juez hace lo que cree correcto en casos como éste, el resultado será una suerte de Babel legal donde nadie comprendería verdaderamente cuáles son sus derechos y obligaciones. En otras palabras, tenemos razones para imitar la decisión de J –cualquiera sea su mérito intrínseco– porque al hacer eso podemos evitar los problemas de la multiplicidad normativa y la divergencia interpretativa. Éste es el tipo de argumento que justifica la práctica del precedente y del *stare decisis*,<sup>44</sup> pero, lamentablemente, no puede justificar los “préstamos” porque no hay nada incorrecto o confuso en que dos o más sistemas legales nacionales tengan diferentes normas, o diferentes interpretaciones de sus normas. La multiplicidad y la divergencia no son necesariamente un mal cuando ocurren en jurisdicciones diferentes.

Sin embargo, podría decirse también que las decisiones de J, aún cuando J fuera un juez de una jurisdicción extraña, deberían tener algún grado de autoridad sobre nosotros simplemente porque es muy posible que estas decisiones hayan sido cuidadosamente razonadas. Esta manera de ver la cuestión puede concebirse como un segundo argumento en favor de los préstamos porque puede explicar la práctica de usar precedentes extranjeros en virtud de su “autoridad” intrínseca.

Llamaré a este segundo argumento “contextual” en virtud de que se aplica solamente si: (1) el contexto en las dos situaciones es idéntico, y (2) el caso en la jurisdicción extranjera fue decidido con conciencia de su gran importancia. Este argumento contextual ha sido defendido por académicos del derecho y filósofos por igual. Así, por ejemplo, Vicki Jackson ha sugerido que “las decisiones constitucionales extranjeras pueden merecer consideración porque reflejan los juicios razonados de otros jueces enfrentados con problemas similares.”<sup>45</sup> Bernard Williams ha sostenido que es razonable considerar que las decisiones legales tienen autoridad más allá del caso concreto, y que –en consecuencia–

---

44 En Argentina, al igual que en Brasil, los precedentes no obligan a los tribunales. Sin embargo, recientemente importantes académicos han sostenido que el estado de derecho requiere una fuerte deferencia hacia las decisiones pasadas y que, en consecuencia, deberíamos incorporar a nuestros sistemas la naturaleza vinculante del precedente. Ver Alberto Garay, *El Precedente Judicial en la Corte Suprema*, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE PALERMO, número 2, pág. 51 (1997); CAMARGO MANCUSO, *DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL E SÚMULA VINCULANTE* (Revista dos Tribunais 1999).

45. Ver Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on Proportionality, Rights and Federalism*, 1 U. PA. J. CONST. L. 583, 636 (1999).

casos pasados pueden ser usados para decidir casos futuros, cuando los tribunales que han decidido los casos pasados eran conscientes de la importancia de los mismos. Como este argumento se aplica perfectamente cuando los tribunales que han decidido los casos pasados son extranjeros, me arriesgaría a citar a Williams como un potencial defensor de la perspectiva según la cual los “préstamos” pueden ser defendidos por razones contextuales.<sup>46</sup>

### 3.3

La tercera justificación para la práctica de otorgar autoridad a las decisiones de los tribunales y a las leyes, más allá de las fronteras del propio país, es el “argumento procedimental”. En la forma general del argumento procedimental se sostiene que tenemos razones para seguir lo que otros han decidido en el pasado respecto a cuestiones con las que nos enfrentamos hoy si las decisiones adoptadas por otros fueron alcanzadas mediante el uso de procedimientos diseñados para aumentar la confiabilidad de sus decisiones. El mismo tipo de argumento podría utilizarse en el campo constitucional. En ocasiones, las legislaturas, las asambleas constituyentes y los tribunales operan con requisitos procesales especialmente diseñados para reproducir las condiciones ideales de elección. Así, por ejemplo, en muchas legislaturas hay normas que regulan las discusiones a fin de permitir la manifestación de todos los puntos de vista. Algunos tribunales aceptan reglas que canalizan las discusiones o proveen standards para evaluar la evidencia producida, y otras similares. En virtud de estos y otro tipo de requisitos procedimentales, es probable que los tribunales y las legislaturas puedan identificar las normas y los principios correctos –o, al menos, razonables–, y que tengan un mayor grado de probabilidad de éxito en esta empresa que aquellos tribunales y legislaturas que no se encuentran reguladas por tales requisitos procedimentales. Consecuentemente, en el caso de que las autoridades o los tribunales extranjeros hubieran operado en el contexto de procedimientos confiables, no resulta en absoluto irrazonable conceder algún grado de obligatoriedad a las decisiones así adoptadas.

Este tipo de argumento no es nuevo: algunos autores se han apoyado en él para explicar la tendencia universal al “préstamo”. Así, por ejemplo, Jens C. Dammann ha sostenido que los “préstamos” se tornan plausibles tan pronto como uno “asume que los procedimientos legales y democráticos que cumplen un cierto estándar de justicia son aptos para llevarnos a adoptar leyes deseables”.<sup>47</sup>

### 3.4

Existen más municiones a favor de los “préstamos” que las que los argumentos genealógico, contextual, y procedimental sugerirían. Como algunos autores han enfatizado, en ocasiones razones expresivas pueden explicar y justificar determinados “préstamos”.

---

46. Ver Bernard Williams, *What Has Philosophy to Learn from Tort Law?*, en *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 487 (David G. Owen ed., Clarendon Press 1995). La Corte de Sudáfrica ha adherido explícitamente a la idea de que las decisiones extranjeras tienen credibilidad porque fueron tomadas en contextos donde temas de importancia dependen del resultado. Así la Corte Suprema sudafricana ha dicho: “las autoridades internacionales y foráneas son de valor porque... muestran cómo Cortes de otras jurisdicciones han manejado el controvertido tema (de la pena de muerte). Por esa razón solamente, ellas requieren de nuestra atención”. *S. v. Makwanyane*, 1995 SALR 391 (CC), pág. 413.

47. Ver Dammann, *supra* nota 23, pág. 527.

Piénsese en la historia argentina. Después de las traumáticas experiencias de las masivas violaciones de derechos humanos realizadas por las juntas militares en los '70 y el comienzo de los '80, Argentina decidió reformar su Constitución en 1994. En la convención convocada al efecto, una gran mayoría de sus miembros votaron la incorporación al texto constitucional de los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales sobre derechos humanos que Argentina había firmado en el pasado o firmara en el futuro.<sup>48</sup> La razón para la incorporación de estos tratados fue explicada por Alicia Oliveira, miembro de la convención constituyente de 1994. Ella destacó que “la decisión [de incorporar tratados de derechos humanos en la Constitución] tiene su fuente inmediata en los aberrantes crímenes cometidos por las dictaduras militares en Argentina, especialmente la última...”<sup>49</sup> “Nuestra historia”, dijo Oliveira, “está condensada en la expresión ‘Nunca Más’...”<sup>50</sup> “y para garantizar que será así debemos otorgar basamento constitucional a los principios de ius humanitarios”<sup>51</sup>

Los comentarios de Oliveira enfatizan que Argentina incorporó derecho extranjero por un propósito completamente expresivo. Argentina utilizó los “préstamos” a fin de manifestar su adhesión a las mismas restricciones al poder gubernamental que caracterizaban al derecho extranjero o internacional “transplantado” o “prestado”. Argentina no es el único país que ha hecho esto. Hungría, Eslovenia y Checoslovaquia hicieron lo mismo.<sup>52</sup> En 1989, después de su pasado comunista, Hungría adoptó una constitución que exigía la armonización de la legislación interna con el derecho internacional.<sup>53</sup> Sudáfrica es otro claro ejemplo de “préstamo” o “transplante” constitucional expreso (el “transplante” es la aprobación por un cuerpo legislativo, distinto a un tribunal, de leyes o constituciones de idéntico o similar contenido a leyes o constituciones extranjeras cuando ella es hecha bajo la presuposición de que estas leyes o constituciones son aptas para resolver los problemas locales, en razón de que han sido considerados aptas por los legisladores o constituyentes extranjeros para resolver los problemas extranjeros).<sup>54</sup> La Profesora Scheppele sugiere que las democracias europeas han adoptado derecho extranjero para expresar sus aspiraciones constitucionales. Estos países “pueden haber adoptado el modelo del Tribunal Constitucional Federal de

---

48. Un artículo interesante sobre los problemas y promesas de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos en Argentina es el de Janet K. Levit, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?* 37 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 281 (1999).

49. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 22 Reunión, 3 Sesión Ordinaria, Agosto 2, 1994, pág. 2861, disponible en [www.1hcdn.gov.ar/dependencias/dip/debate-constituyente.htm](http://www.1hcdn.gov.ar/dependencias/dip/debate-constituyente.htm)

50. NUNCA MÁS, Eudeba, 1986.

51. Id.

52. Ver Victor Osiatynski, *Paradoxes of Constitutional Borrowing*, 1 INT'L J. CONST. L. 244 (2003). Ver A MAGYAR KÖZTÁRÁG ALKOTAMNYA, art. 7 (1); CONST. ESLOVENIA, art. 153; CONST. ESLOVAQUIA, art. 11, CONST. CHECOSLOVAQUIA, art. 10.

53. El Capítulo I, artículo 7 (1) de la Constitución húngara de 1989 establece “El sistema legal de la República de Hungría acepta las normas y regulaciones de derecho internacional universalmente reconocidas, y armoniza las normas y leyes internas del país con las obligaciones asumidas bajo el derecho internacional”. A MAGYAR KÖZTÁRÁG ALKOTAMNYA, art. 7 (1).

54. La Sección 35 (1) de la Constitución interina de Sudáfrica establece “Interpretación: (1) Al interpretar las provisiones de este Capítulo, los tribunales de justicia deberán promover los valores subyacentes a una sociedad abierta, democrática, basada en la libertad y la igualdad y deberán, donde corresponda, tener en consideración el derecho internacional público aplicable a la protección de los derechos establecidos en este Capítulo, y pueden considerar precedentes comparables del derecho extranjero.” S. AFRICAN INTERIM CONSTITUTION. S35 (1).

Alemania para demostrar, precisamente, que ellos también aspiraban a realizar los principios constitucionales que la Corte Constitucional había ayudado a establecer en Alemania.”<sup>55</sup>

**4.** No hay dudas de que los argumentos genealógico, contextual, procedimental y expresivo son persuasivos. Individual o colectivamente, pueden convencernos de que, en general, la práctica de los “préstamos” es plausible. Sin embargo, los “préstamos” constitucionales constituyen una actividad problemática. Aún cuando los textos e interpretaciones constitucionales sean adoptados en circunstancias en las que los factores principales dependan de decisiones de gente por quien tengamos la mayor consideración, a través de procedimientos diseñados para maximizar la deliberación pública autónoma, la incorporación de derecho extranjero crea problemas no siempre fáciles de resolver.

Una constitución es una carta que distribuye poder político, organiza el proceso legislativo y determina la extensión y los límites de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. La mayoría de las constituciones intentan resolver estas cuestiones usando, en general, los mismos mecanismos. Aún así, a pesar de la similitud de fines y medios, no existe un canon constitucional que provea uniformidad a través de las fronteras. Es posible concebir muchas maneras diferentes, e igualmente razonables, de tratar cada tema que amerite preocupación constitucional. Tomemos el problema de la distribución del poder. Uno podría pensar que es mejor tener divisiones territoriales, como hace la Constitución de los Estados Unidos, o que el poder debería ser dividido entre distintas ramas, como hace la actual Constitución de Chile.<sup>56</sup> Existe también espacio para la diversidad en materia de regulación de derechos fundamentales. La frontera entre los derechos individuales y el poder estatal podría trazarse concediendo el mayor espacio posible al individuo, como era ciertamente el caso de la *Establishment Clause* de la Constitución de los Estados Unidos,<sup>57</sup> o podría decidirse que el espacio se dividiera entre el individuo y el estado –por ejemplo, atribuyendo al estado la facultad de adoptar una religión, en tanto y en cuanto no intente imponerla a los individuos– como es el caso de la regulación de las prácticas religiosas en la Constitución Argentina.<sup>58</sup> Como ha señalado Michael Rosenfeld, “el constitucionalismo implica una compleja interrelación entre identidad y diversidad en tantos niveles diferentes que parece completamente inútil buscar cualquier semejanza o diferencia que fuera indispensable para una organización constitucional legítima.”<sup>59</sup>

¿Por qué el derecho constitucional es tan heterogéneo? Desde mi punto de vista, la combinación de la multiplicidad de nuestras relaciones como ciudadanos, y nuestra continua facultad de redefinirlas, reformarlas y amoldarlas, es lo que hace al derecho constitucional heterogéneo. Esta combinación –que admite muchas formas diferentes- hace posible la

---

55. Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT'L. J. CONST. L. 296, 299 (2003).

56. Ver Constitución de Chile, art. 100.

57. U.S. Const., Amend. 1.

58. C.N. art. 2.

59. Ver Michael Rosenfeld, *Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity*, en CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES, supra nota 38, pág. 3/13.

aparición de varias formas diferentes de tratar los problemas a los que el derecho constitucional se enfrenta. Siempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales.<sup>60</sup>

No hay ninguna duda que la heterogeneidad de las normas constitucionales debilita tanto el argumento procedimental como el contextual. Estos dos argumentos dependen de la identidad o, al menos, similitud del objeto del derecho constitucional. Si la ley del país extranjero provee un conjunto de respuestas a los problemas del constitucionalismo diferente a aquellos del país que toma prestada la norma, tiene poco sentido efectuar el “préstamo” o “transplante”. Esto es así, aún cuando las respuestas adoptadas por los tribunales extranjeros hayan sido dadas en circunstancias donde los resultados eran muy importantes y hayan sido alcanzadas a través de procedimientos diseñados para maximizar la probabilidad de lograr resultados correctos –o, al menos, razonables–.

Sin embargo, la heterogeneidad del derecho constitucional no debilita el argumento genealógico ni el expresivo. Los argentinos que apoyan la práctica de los “préstamos” o de los “transplantes” pueden insistir en que la Constitución argentina fue elaborada sobre el molde de la Constitución norteamericana, y que este hecho –por sí mismo– justifica otorgar algún grado de autoridad a las decisiones constitucionales adoptadas por los Estados Unidos. Similarmente, si un país toma prestada una regulación extranjera para expresar fidelidad a los valores que aquella regulación encarna, el planteo respecto a que, constitucionalmente hablando, el país del cual se toma prestada la norma es diferente al propio, no implica una crítica a la decisión de efectuar el “préstamo” dado que, precisamente, es esta diferencia la que justifica el “préstamo” en primer término: se adopta el derecho extranjero porque se quiere ser diferente de lo que uno es, y en consecuencia la heterogeneidad del derecho constitucional es una precondition –y no un impedimento– de la decisión de adopción.

No obstante lo anterior, hay un problema que afecta a todos los argumentos en defensa de los “préstamos” o “transplantes”, al que voy a llamar el “problema de la validación”. Las normas constitucionales regulan la estructura subyacente de la sociedad. Los problemas que pretenden resolver estas normas son los asuntos interpersonales más importantes que

---

60. Los “Préstamos” o “transplantes” en derecho privado son menos problemáticos que en derecho constitucional porque el derecho privado es más homogéneo. Esta mayor homogeneidad no es consecuencia del hecho de que el derecho privado “sirva a un sólo amo”, o de que el derecho privado sea el sujeto de uno, o como máximo dos, fines superpuestos, como por ejemplo sostiene Rosenfeld. Ver Michael Rosenfeld, *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, 58 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 67, 72 (2001). Es imposible pensar el derecho privado como un campo monista en términos de valores, fines u objetivos. Los artículos del Código Civil Argentino, o para el caso los de cualquier otra regulación de derecho privado de cierta complejidad, no pueden ser vistos como emanaciones normativas del ideal de eficiencia o de maximización de la riqueza. Por el contrario, lo que explica la homogeneidad del derecho privado es el hecho de que hemos llegado a desarrollar una forma de argumentar, un determinado set de respuestas o formas que, por razones de repetición y adhesión general transnacional e intertemporal, han alcanzado el status de soluciones a los diferentes problemas que pueden surgir en el contexto de nuestras interacciones con otros, en nuestro carácter de individuos privados. ¿Por qué hicimos eso en el ámbito del derecho privado y no en el del derecho constitucional? Probablemente porque, como ha enfatizado Weinrib, el derecho privado requiere sólo un modo de interacción, caracterizado por la vinculación inmediata entre las partes, mientras que el derecho constitucional regula muchas interacciones de diferente tipo. Ver ERNEST WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* 8 (Harvard Univ. Press 1995). Sobre la mayor facilidad de “transplantar” cuestiones instrumentales, como el derecho privado, Ver Oscar G. Chase, *Legal Process and Natural Culture*, 5 CARDOZO J. INT’L & COMP. L. 1 (1997).

pueden surgir en una comunidad democrática. Éstos definen el modo en que una comunidad democrática puede intentar conducirse a sí misma, y las formas permitidas en las que los ciudadanos –y, más generalmente, los miembros de la sociedad- pueden cooperar entre ellos a lo largo de todas sus vidas.<sup>61</sup> La consecuencia más notable de la relevancia de los problemas que pretenden regular las normas constitucionales es que ellas afectan nuestras vidas mucho más profundamente y más coercitivamente que las normas de otras ramas del derecho. El derecho contractual y el derecho de daños, por ejemplo, sólo determinan el modo en que debemos comportarnos en cierto tipo de interacciones reguladas. Pero el derecho constitucional tiene un impacto más profundo. Podemos expresar esta verdad diciendo que los ciudadanos de un estado democrático siempre sentirán la presión coercitiva de las normas constitucionales en sus vidas cotidianas de un modo que no sucede con otras normas jurídicas.

Ahora bien, en un estado democrático la justificación de la coerción tiende a ser una tarea ardua. Dado el pluralismo irreductible sobre lo que nos debemos a cada uno –estamos en desacuerdo respecto del contenido y alcance de la mayoría de los derechos que conocemos- no podemos tratar de justificar la coerción mediante una referencia al contenido o la sustancia de la norma.<sup>62</sup> No puede decirse, por ejemplo, que siendo la ley moralmente plausible, uno tenga razones para obedecerla, dado que uno puede no estar de acuerdo con las razones morales invocadas.

El modo en que podemos validar el derecho en una democracia constitucional y, por lo tanto, la manera en que podemos validar *pro tanto* el uso de la coerción no está relacionado con el contenido o la sustancia de las normas jurídicas. Antes bien, lo que explica el por qué de la obligatoriedad del derecho es la participación justa en el proceso legislativo tanto como “hacedores” de las normas como “beneficiarios” de las mismas (o la oportunidad justa de participar en tal proceso o, aún menos ambiciosamente, la existencia de condiciones normativas y fácticas diseñadas para prevenir la alienación individual respecto al proceso legislativo).<sup>63</sup> Es nuestra participación en el proceso legisferante la que desmorona todas nuestras defensas contra los reclamos y expectativas de aquellos que quieren que nos conformemos con lo que ha sido decidido colectivamente.<sup>64</sup>

---

61. Esta afirmación refleja de cierta manera el punto de vista de Rawls. Ver JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 339 (Harvard Univ. Press 1993). Rawls ha insistido en la importancia de la regulación de la estructura básica. Por ello dice “...todos reconocen que la forma institucional de la sociedad afecta a sus miembros y determina en gran medida el tipo de persona que quieren ser tanto como el tipo de personas que son. La estructura social también limita las ambiciones y deseos de la gente de diferentes modos; desde que ellos con razón se verán a sí mismos en parte según su posición en ella y tomando en cuenta los medios y oportunidades a los que pueden, en forma realista, aspirar.” Id. pág. 269.

62. Es usual referirse al pluralismo sobre las concepciones del bien desde que una característica de las sociedades modernas es que la gente esté en desacuerdo entre sí respecto a lo que le da verdadero sentido a la vida. Pero el desacuerdo persistente sobre los que nos debemos a cada uno y el modo en que este desacuerdo afecta nuestras relaciones ha recibido menos atención.

63. Sobre la obligatoriedad de la norma, he desarrollado mis ideas en *La Pobreza, la Ley y la Constitución*, en SELA 2002 (Editor del Puerto S.R.L., 2003).

64. La idea de que la obligatoriedad de la ley sólo puede ser explicada y justificada procedimentalmente es defendida por Jürgen Habermas. Habermas ha sostenido que “en sociedades complejas la ciudadanía como un todo no puede seguir siendo aglutinada por un consenso sustantivo respecto a valores, sino solamente por un consenso respecto a los procedimientos para la legítima sanción de las normas y el legítimo ejercicio del poder.” Ver Jürgen Habermas, *Struggle for recognition in the democratic constitutional state*, en MULTICULTURALISM, EXAMINING THE POLITICS OF RECOGNITION 107, 135 (Amy Gutman ed., Princeton Univ. Press 1994).

Si aceptamos la idea de que se supone que cumplamos las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos,<sup>65</sup> entonces podríamos objetar los “préstamos” o “transplantes” constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción consciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en que los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no tenemos relación política alguna, y quienes no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que torna la práctica de los “préstamos” o “transplantes” incompatible con el principio según el cual la coerción sólo puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva<sup>66</sup> y, por lo tanto, los “préstamos” resultan de imposible validación en el contexto de una democracia constitucional.

El problema de la validación no puede ser evitado mediante el argumento de que la elección de efectuar un “Préstamo” o “Transplante” es una elección de la propia comunidad y, por lo tanto, el “préstamo” debe ser visto como un ejercicio –y no como una violación– del derecho y la obligación de una comunidad de gobernarse a sí misma de acuerdo a sus propias decisiones. Es cierto que cuando una comunidad adopta derecho foráneo, es la comunidad la que lo hace, pero la decisión que la comunidad toma, en un sentido importante, es la decisión de otra persona. Como la esclavitud voluntaria, que sigue siendo esclavitud, la deferencia voluntaria a las decisiones de otros, sigue siendo deferencia a las decisiones de otros.<sup>67</sup>

En este punto es importante enfatizar que el problema de la validación es más difícil en el ámbito de la adjudicación constitucional por parte de los tribunales que en el de la elaboración de constituciones por parte de convenciones constituyentes. Scalia, hoy juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, acierta al distinguir entre la decisión de una autoridad de adoptar derecho constitucional comparado para el diseño constitucional y la decisión de un tribunal de adoptarlo para la interpretación constitucional.<sup>68</sup> Tushnet también acierta cuando dice “que la Constitución debe permitir expresamente el uso de material comparativo para que las Cortes estén autorizadas para aprender de la experiencia constitucional extranjera”<sup>69</sup> (El aserto de Tushnet sugiere que, contrariamente, las

---

65. Los asertos que hago en el texto son, obviamente, debatibles. La cuestión de la obligatoriedad de la ley ha sido un problema no resuelto desde el *crita* en adelante, y no pretendo dar una respuesta final aquí. Sin embargo, quiero insistir que, a menos que asociemos la validación y la justificación de la ley con la justa oportunidad de participar en el proceso de toma de decisiones colectivas (o por lo menos con el hecho de no ser alienados del mismo), es imposible entender y explicar por qué pensamos que la ley es obligatoria en sociedades democráticas modernas.

66. Creo que Frank Michelman estará de acuerdo con que la validación es un problema para los “préstamos” constitucionales. Por cierto, él cuestiona el proceso de privatización y globalización recurriendo a argumentos que suenan al “problema de la validación”. Ver Frank I. Michelman, *Constitutionalism, privatization and globalization: whither the Constitution?* 21 CARDOZO L.REV. 1063, 1071 (2000).

67. Choudhry sugiere que la jurisprudencia americana, en general, está de acuerdo con la idea de que recurrir a fuentes extranjeras es, prima facie, ilegítimo, porque estas fuentes son extraídas de sistemas legales creados por otros. Ver Choudhry, *supra* nota 39, pág. 825.

68. Ver *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

69. Ver Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 YALE L. J. 1225, 1231 (1999).



convenciones constituyentes no requieren de tal permiso). Los miembros de las legislaturas y de las convenciones constituyentes son representativos de los diversos sectores de la sociedad, responden a las necesidades sociales y son sensibles a las demandas públicas. A mayor abundamiento, la membresía o participación en una legislatura o una convención constituyente es una cuestión abierta al pueblo en general, al punto de que no existen limitaciones normativas que descalifiquen a persona alguna para tales posiciones, y los miembros de tales cuerpos a menudo deben someterse al proceso electoral. En consecuencia, cuando se expresa una convención constituyente o una legislatura, es el pueblo quien habla, y cuando ellas “transplantan” o “toman prestado” institutos jurídicos o jurisprudencia, es razonable afirmar que somos nosotros –el pueblo- quien ha efectuado el “transplante” o “préstamo”. La cuestión es diferente cuando nos referimos a los tribunales. El poder judicial está integrado, selectivamente, con miembros exitosos de una profesión determinada, los cuales han recibido una larga educación, y no rinden cuentas a nadie de sus actos, ni siquiera a aquellos que pueden resultar profundamente afectados por sus razonamientos y conclusiones. Por ello, cuando un tribunal “toma prestada” una norma constitucional o una interpretación constitucional determinada, no somos nosotros –el pueblo- quienes “tomamos prestado”. Es el tribunal quien lo hace. En otras palabras, dado que nos resulta difícil identificarnos con un tribunal, es igualmente difícil justificar la coerción implícita en la implementación de una norma legal “transplantada” por un tribunal.<sup>70</sup>

## 5.

Los “préstamos” y “transplantes” no agotan los usos posibles de materiales constitucionales foráneos. Existe, por cierto, una amplia diversidad de posibles influencias del derecho extranjero que excede el fenómeno más bien restringido que a lo largo de este artículo he designado “préstamo”-es decir, la decisión de un tribunal local de usar en una de sus sentencias derecho extranjero cuando dicho uso se hace basado en la autoridad de este último en su jurisdicción de origen- o “transplante” –es decir, la aprobación por un cuerpo legislativo, distinto a un tribunal, de leyes o constituciones de idéntico o similar contenido a leyes o constituciones extranjeras cuando ella es hecha bajo la presuposición de que estas leyes o constituciones son aptas para resolver los problemas locales, en razón de que han sido consideradas aptas por los legisladores o constituyentes extranjeros para resolver los problemas extranjeros-. Recuérdese que el “préstamo” o “transplante”, como lo he definido, consiste en un uso *autoritativo* de normas creadas fuera de nuestras fronteras. En secciones anteriores, he argumentado que los “transplantes”, en particular los “transplantes constitucionales”, son una cuestión complicada. Aún así, en numerosos contextos constitucionales, solemos usar normas constitucionales foráneas y referirnos a ellas sin la deferencia normativa característica de los “préstamos” o “transplantes”. La diferencia crucial entre los “préstamos” y los “transplantes y los restantes usos del derecho constitucional extranjero es que estos otros usos son no-autoritativos. Aquí, la referencia

---

70. Vicki Jackson ha analizado otros problemas de la importación de derecho extranjero. Entre otros, analiza la forma en que el uso del derecho extranjero afecta la percepción de legitimidad de las instituciones legales. Ver Vicki Jackson, *Narratives of Federalism: Of controversies and Comparative Constitutional Experience*, 51 DUKE L.J. 223, 266 (2001).

al derecho constitucional extranjero no va acompañada de la aspiración de que sea adoptado y observado –aún coercitivamente– en razón de su autoridad intrínseca. Los usos no-autoritativos asignan relevancia descriptiva al derecho extranjero, meramente como un “hecho constitucional”,<sup>71</sup> esto es, como datos que nos informan acerca de la experiencia constitucional de otros. Pero, ¿resultan justificables los usos no-autoritativos del derecho extranjero? ¿Se encuentran tales usos entre aquellas formas permitidas en las que la “influencia constitucional cruzada”<sup>72</sup> puede ejercerse de un país a otro?

Los usos no-autoritativos del derecho extranjero son muy populares en Argentina. En las convenciones constituyentes argentinas, la mayoría de los temas en debate han sido cargados con referencias al derecho extranjero. Tampoco es la popularidad de los usos no-autoritativos del derecho extranjero una tendencia idiosincrásica argentina. El Juez de la Corte Constitucional húngara Imre Voros señala que “las soluciones en la Constitución húngara fueron tomadas de las constituciones nacionales de las democracias occidentales”.<sup>73</sup> Jon Elster apunta el mismo fenómeno cuando señala que en la mayoría de las discusiones constitucionales alrededor del mundo, encontramos “un gran número de referencias a otras constituciones” no solamente como “modelos a imitar”, sino también “como desastres a evitar, o simplemente como evidencia de ciertas visiones sobre la naturaleza humana”.<sup>74</sup>

El hecho de que, constitucionalmente hablando, no podamos inventarnos “desde cero”, parece proveer una base para el estudio del derecho extranjero. Además, estudiar derecho foráneo nos facilita la detección de falsas imposibilidades que son más bien producto de nuestras limitaciones intelectuales pero que no se basan realmente en hechos.<sup>75</sup> Sin embargo, en mi opinión *estudiar* derecho extranjero es algo completamente diferente que *usarlo*. Los usos del derecho extranjero, aún aquellos no-autoritativos, son siempre problemáticos. En las secciones siguientes intentaré explicar mis ideas y, espero, clarificar esta afirmación más bien osada.

## 5.1

A veces las autoridades constitucionales y los tribunales utilizan el derecho extranjero como evidencia de hechos. El derecho constitucional regula las estructuras subyacentes de la sociedad, y hacerlo con efectividad requiere conocer de antemano cómo la sociedad puede responder a los intentos de regularla. Como no existen laboratorios sociales en los cuales experimentar, los únicos datos que una autoridad constitucional o un tribunal puede reunir son aquellos provistos por el desempeño de regulaciones similares en otros países (o, en casos de países federales, con similar regulación en jurisdicción federal o provincial). Las autoridades constitucionales y los tribunales reproducen la experiencia de otros países para generar hipótesis respecto del futuro de diferentes decisiones legales domésticas. En esta línea de pensamiento,

---

71. Tomo esta expresión de Fontana, quien habla de “hechos legislativos”. Ver David Fontana, *Refined Comparativism in Constitutional Law*, 49 UCLA L.REV. 539, 553 (2001).

72. Ver Kim Lane Scheppele, *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Cross-Constitutional Influence Through Negative Models*, 1 INT’L J. CONST. L. 296, 297 (2003).

73. Ver Imre Voros, *Contextuality and Universality: Constitutional Borrowings on the Global Stage –The Hungarian view*, 1 U. PA. J. CONST. L. 651 (1999)

74. Ver Jon Elster, *Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction*, U. CHI. L. REV. 447, 476 (1991).

75. Ver Tushnet, *supra* nota 71, pág. 1227.

el Justice Stephen Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha señalado que el análisis constitucional comparativo puede arrojar “luz empírica sobre las consecuencias de las diferentes soluciones [legales] a problemas legales comunes”.<sup>76</sup> Este uso del derecho extranjero como evidencia se asienta en la idea de que, a pesar de la heterogeneidad del derecho constitucional, existen similitudes sociales, culturales y económicas a través de los países, que justifican una mirada al extranjero para conjeturar sobre lo que podría suceder cuando ciertas clases de regulaciones legales son adoptadas domésticamente.

## 5.2

Las autoridades constitucionales suelen usar el derecho extranjero no como evidencia de hechos sino como fuente de innovación y conocimiento legal. El material constitucional extranjero puede liberarnos, ayudándonos a deshacernos de la convicción de falsa necesidad,<sup>77</sup> que usualmente acompaña a aquellos que han sido criados intelectualmente en el contexto de instituciones arraigadas. Un campo completamente nuevo de ideas y posibilidades puede abrirse cuando miramos al exterior. Nuevas maneras de manejar problemas antiguos y comunes pueden aparecer razonables. Adicionalmente, el mirar hacia fuera puede ayudarnos a ver nuestro propio esquema constitucional bajo una nueva luz, y esto, a su vez, puede llevarnos a resultados a los que no hubiéramos podido llegar sin recurrir al material foráneo.

Estos dos usos no-autoritativos del derecho extranjero –como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal- no se ven afectados por el “problema de la validación”. Dado que estos usos del derecho constitucional no aspiran a introducir de “contrabando” la autoridad del derecho extranjero en nuestra decisión constitucional, no están sujetos a la principal objeción contra los “préstamos” o “transplantes” que mencioné en la sección 4. Por lo tanto, y en contraposición a los reclamos de Montesquieu y Hegel,<sup>78</sup> puede ser posible que el estudio, y algunos usos, del derecho constitucional extranjero puedan ser vistos como beneficiosos. Sin embargo, a la luz de la heterogeneidad del derecho constitucional a la que me referí antes en la sección 4, se impone una advertencia. Cuando usamos derecho constitucional extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal, tenemos que estar lo suficientemente alertas para identificar las características particulares del carácter nacional que nos distingue de otras naciones. Tales características representan el límite de lo que puede lograrse a través de la legislación. Ergo, como ha sostenido Roberto Mangabeira Unger respecto del Brasil,<sup>79</sup> uno puede

---

76. Printz, 521 U.S. 976.

77. Ver Mark Tushnet, *Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law*, 1 U. PA. J. CONST. L. 325, 327 (1998).

78. Tanto Montesquieu como Hegel pensaban que era mala idea importar constituciones extranjeras. Montesquieu decía que sería pura coincidencia si las leyes de una nación pudieran satisfacer las necesidades de otra. Ver *Del Espíritu de las Leyes*, Libro 1, Capítulo 3, Editorial Tecnos, Madrid, 1995 (3ra. edición). Hegel argüía que la constitución es “el trabajo de siglos... la conciencia de la racionalidad, tanto como haya sido desarrollada en una nación determinada”. Ver FRIEDRICH HEGEL, *THE PHILOSOPHY OF RIGHT*, 287-287 (T.M. Knox trans., Oxford Univ. Press, 1967).

79. Ver ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *A ALTERNATIVA TRANSFORMADORA: COMO DEMOCRATIZAR O BRASIL*, 345-74 (Editora Guanabara Koogan S.A., 1990).

pensar que el presidencialismo es una buena estrategia para circunscribir la inestabilidad endémica de los sistemas parlamentarios, dado que el presidencialismo es el único mecanismo político disponible para trascender los acuerdos políticos entre élites que usualmente impiden las transformaciones requeridas popularmente.<sup>80</sup> Puede pensarse también que el presidencialismo es eficaz para la salida de regímenes comunistas. Con estas convicciones en mente, uno puede mirar a los Estados Unidos e, inspirado por el aceptado funcionamiento de su esquema político, decidir enmendar la propia constitución a fin de que refleje la distribución del poder característica de la Constitución de los Estados Unidos. Sin embargo, si uno falla en advertir, por ejemplo, que el propio país tiene una manera establecida de interacción política radicalmente diferente a la de los Estados Unidos –donde no existe ninguna disciplina partidaria–, puede cometer un terrible error.<sup>81</sup> Por cierto, si como consecuencia de la cultura o de la historia reciente, el sistema partidario del propio país resulta altamente confrontativo y prolijamente ordenado con una fuerte disciplina partidaria, el presidencialismo redundará probablemente –como lo testifica Argentina<sup>82</sup> en insuperables bloqueos entre el presidente y la mayoría legislativa.<sup>83</sup> En pocas palabras, debemos ser cuidadosos con los “transplantes” legales porque siempre, como Mirjan Damaska ha señalado, “la música del derecho cambia... cuando los instrumentos musicales y los intérpretes ya no son los mismos”.<sup>84</sup>

### 5.3

Las autoridades constitucionales a veces utilizan el derecho extranjero en forma negativa. Como Epstein y King han sostenido, el “no-transplante” o “no-préstamo” –el rechazo consciente a la adopción de una norma, un principio o un texto legal como derecho obligatorio– es también parte de un “fenómeno más amplio de construcción constitucional”.<sup>85</sup> El fenómeno de los “préstamos negativos” es consecuencia de la focalización en “las fallas de otros regímenes constitucionales”.<sup>86</sup> Las razones del rechazo varían. A veces, se produce con clara conciencia de las diferencias categóricas entre los países. Así, por ejemplo, Osiatynski señala que en 1989 en algunos países del Este Europeo hubo una fuerte discusión sobre si era conveniente diseñar las nuevas constituciones sobre la base del modelo americano, y menciona al respecto que la idea fue rechazada, eventualmente, debido a las drásticas diferencias entre los países de la región y los Estados

---

80. De acuerdo a la mayoría de los relatos, Mangabeira Unger parece estar equivocado en el punto de que el presidencialismo es algo deseable. Ver *THE FAILURE OF PRESIDENTIAL DEMOCRACY: THE CASE OF LATIN AMERICA*. Vol. II. (Juan J. Linz & Arturo Valenzuela eds., John Hopkins Univ. Press, 1994).

81. Ver Fred Riggs, *Presidentialism: A Problematic Regime Type*, in *PARLAMENTARY VERSUS PRESIDENTIAL DEMOCRACY* (Arend Lijphalt ed., Oxford Univ. Press, 1992).

82. Ver Carlos Rosenkrantz, Symposium Transcript, *Challenges to Fragile Democracies in the Americas: Legitimacy and Accountability*, 36 *Tex. Int'l. L. J.* 328 (2001)

83. Osiatynski sugiere que el presidencialismo ha sido tenido en consideración durante los debates constitucionales de 1992 en Polonia, pero fue eventualmente desechado. Ver Osiatynski, *supra* nota 52, págs. 250-251.

84. Ver Mirjan Damaska, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, 45 *AM. J. COMP. L.* 839, 840 (1997).

85. Ver Leo Epstein & Jack King, *Constitutional Borrowing and Nonborrowing*, 1 *Int'l. J. Const. L.* 196, 197 (2003).

86. Ver Fontana, *supra* nota 71, pág. 551.

Unidos. La idea fue también rechazada en los debates de la “Pequeña Constitución” en Polonia “primariamente debido a las diferencias en los sistemas de partidos y en el contexto político”.<sup>87</sup> En otras ocasiones, las diferencias culturales o el orgullo nacional subyacen a la decisión de rechazar modelos extranjeros. Finalmente, una decisión de no transplantar o no tomar prestado puede deberse a una convicción profunda sobre la implausibilidad de una organización constitucional determinada. Este motivo es el que Scheppele llama “constitucionalismo aversivo”<sup>88</sup>, en el que la construcción de un texto y una cultura constitucional se basa en el rechazo de una particular concepción de lo que una constitución es.<sup>89</sup>

Los usos negativos del derecho extranjero no enfrentan problemas de heterogeneidad constitucional ni de validación constitucional, simplemente porque el rechazo del derecho extranjero es una decisión autónoma que implica una afirmación de una identidad constitucional definida y diferente. Por cierto, los usos negativos son instrumentos muy eficientes en la fijación del carácter constitucional esencial de una entidad política nacional. En consecuencia, no tengo ningún problema con que las autoridades constitucionales y los tribunales usen el derecho constitucional extranjero como modelos a ser evitados.

#### 5.4

En ocasiones, los tribunales utilizan materiales comparativos simplemente para enfatizar que los aspectos fácticos distintivos del caso pueden ameritar una decisión propia y particular. Así, en *Amarilla*,<sup>90</sup> la Corte Suprema argentina contrastó los hechos del caso con aquellos de *New York Times v. Sullivan*<sup>91</sup> para mostrar que en *Amarilla* el demandado era perseguido judicialmente por opiniones, juicios de valor y conjeturas, mientras que en *New York Times v. Sullivan* el cargo era por afirmaciones de hecho falsas o imprecisas. Basada en estas diferencias, la Corte concluyó que aún si el demandado hubiera publicado juicios sabiendo de su falsedad, o con absoluta despreocupación acerca de si eran falsos o no, no podía ser condenado.<sup>92</sup>

En otras oportunidades, los tribunales han usado derecho foráneo para mostrar la originalidad de sus decisiones. En *S.V. v. M.D.A.*<sup>93</sup> el Juez Petracchi encontró que la orden de una corte destinada a evitar que diarios publicaran noticias sobre un caso en que un menor demandaba a una figura del deporte por filiación violaba la cláusula de la libertad de expresión de la Constitución Argentina, aún cuando tenía como objetivo la protección del menor. El Juez Petracchi declaró que la prohibición de censura es un punto fijo en la tradición constitucional argentina –también reconocida en el art. 13 de la Convención

---

87. Ver Osyatynski, *supra* note 52, págs. 250-251.

88. Ver Scheppele, *supra* nota 72, pág. 300.

89. Ackerman ha enfatizado la importancia del ideal de un “nuevo comienzo” para la estabilidad de un orden constitucional. Ver Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 U. Va. L. Rev. 771 (1997). 90. 321 Fallos 2558 (1998).

91. 376 U.S. 254 (1964).

92. La Corte presupuso que aquellos que publican informaciones falsas pueden ser condenados únicamente cuando intencionalmente quieren causar daño o si tienen “real malicia”, en los términos en que fuera definida en *New York Times v. Sullivan*, esto es, conocimiento de la falsedad de la información publicada o absoluta despreocupación acerca de tal circunstancia.

93. 324 Fallos 1015 (2001).

América de Derechos Humanos<sup>94</sup> y el texto constitucional lo prohíbe expresamente. Luego se refirió a casos de los Estados Unidos, tales como *Organization for a Better Austin v. Keefe*<sup>95</sup> y *New York Times Co. v. United States*<sup>96</sup>, sugiriendo que en los Estados Unidos la decisión en un caso similar, *S.V. v. M.D.A.*, podría haber sido diferente porque aún cuando en la tradición constitucional norteamericana existe una fuerte presunción en contra de la censura, ésta *per se* no está explícitamente prohibida por la Constitución.<sup>97</sup> Finalmente, a veces los tribunales utilizan el derecho foráneo para demostrar que otros sistemas resuelven casos en forma similar, lo cual –a su vez– demuestra que sus propias decisiones se ajustan a un consenso general sobre el tema. Así, por ejemplo, los Jueces Petracchi y Belluscio en *Bahamondez*<sup>98</sup> decidieron que un testigo de Jehová goza del derecho constitucional a rechazar una transfusión de sangre recomendada por sus médicos para tratar una enfermedad grave. En su opinión conjunta, señalaron que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania<sup>99</sup> y algunos tribunales norteamericanos (mencionaron la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia) habían adoptado el mismo criterio, basados en los mismos principios contenidos en la Constitución Argentina.<sup>100</sup>

---

94. C.A.D.H., Nov. 22, 1969, art. 13.

95. 402 U.S. 415 (1971).

96. 403 U.S. 713 (1971).

97. Existen muchos ejemplos de la Corte Suprema argentina citando casos extranjeros para establecer diferencias en otros tópicos. Ver, por ej., *Transporte Interprovincial Rosarino S.A. v. Provincia de Buenos Aires* s.sumario, 324 Fallos 3056 (2001), donde el Juez Fayt dijo que aún cuando en la interpretación de la cláusula comercial de la Constitución argentina la Corte otorgaba valor a las interpretaciones que la Corte norteamericana hacía de la cláusula análoga de la constitución americana –principalmente la sentada en *Gibbons v. Odgen* 22 U.S. (9 Wheat)- existe una diferencia crucial entre los Estados Unidos y la Argentina porque la Constitución argentina establece que el gobierno federal dicta el derecho común.

98. 316 Fallos 479 (1993).

99. 11 BVerfGE 11 (1957).

100. Los tribunales argentinos a veces utilizan el derecho extranjero de manera estratégica. Por ejemplo, en *Peralta*, 313 Fallos 1513 (1990), la Corte Suprema sostuvo la constitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia emitido por el presidente que convertía todos los depósitos bancarios por sobre determinado monto en bonos del gobierno argentino a largo plazo, citando *Home Building & Loan Ass'n v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934) (encontrando que la prórroga del tiempo de pago de deudas hipotecarias no violaba la cláusula contractual de la constitución norteamericana). La misma cuestión había sido decidida, negativamente, en *Avico v. De la Pesa* 172 Fallos 21 (1934) y *Home Building* era un caso más bien diferente. Compárese *Fernández Prieto*, LL 1999-B-282 con *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925); *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42 (1975); *Ferry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968); y *Daray*, LL 1995-B-349. Para un lúcido análisis de *Fernández Prieto*, ver ALEJANDRO CARRIÓ, *GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL*, 225 (Hammurabi 2002). Los usos estratégicos de decisiones extranjeras por las cortes no son un vicio exclusivamente argentino. Por ejemplo, *Epstein & Knight* sugieren que el uso de material extranjero en los Estados Unidos (por parte de los jueces de Corte Breyer y Brennan) y la resistencia a tal uso (juez Scalia) podría haber sido diferente si las cortes extranjeras hubieran tomado decisiones diferentes. Ver *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997) (referente a la amplitud de los derechos de los estados); *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989) (concerniente a la constitucionalidad de la pena de muerte para menores). “¿Sería Scalia un opositor tan ferviente del uso de jurisprudencia extranjera si, digamos, las practicas extranjeras favorecieran la ejecución de la pena de muerte en menores? Habría invocado materiales extranjeros Brennan si éstos fueran contrarios a la posición de su preferencia?” *Epstein & Knight*, supra nota 90, pág. 208. Michael Rosenfeld afirmaba que “los intérpretes de la Constitución pueden buscar aumentar la legitimidad de sus decisiones envolviéndolas en términos de normas constitucionales extranjeras muy respetadas, aún en ausencia de un ajuste genuino”. Michael Rosenfeld, *Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis*, 58 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 72 (2001).

Obviamente, los usos no-autoritativos del derecho extranjero por parte de los tribunales no son una rareza argentina.<sup>101</sup> En muchos países, se ha vuelto una moda que los tribunales refieran precedentes extranjeros en sus decisiones, tomando parte así en lo que el Juez Calabresi ha llamado “un diálogo en desarrollo entre los cuerpos adjudicativos de la comunidad mundial”.<sup>102</sup>

¿Es aceptable que los tribunales efectúen los usos no-autoritativos de materiales constitucionales foráneos que acabo de describir y que, siguiendo a Calabresi, podríamos llamar “dialógicos”? ¿Deberíamos aprobarlos, de la misma forma en que aprobamos el uso de derecho extranjero como evidencia y como fuente de innovación y conocimiento legal por parte de las autoridades constitucionales?

Para comenzar, los usos dialógicos de derecho extranjero por los tribunales, aún aquellos casos de usos frecuentes, no son alcanzados ni por el problema de la validación ni por el de la heterogeneidad. Cuando un tribunal utiliza derecho extranjero meramente para destacar los aspectos fácticos distintivos de los casos que decide, o la originalidad o acierto de sus decisiones, no se enfrenta con el problema de validar lo que ha hecho como sí sucede cuando decide “usar” derecho extranjero, ni aumenta los riesgos de ignorar los aspectos característicos de su propio país. Los usos dialógicos son no-autoritativos y, en consecuencia, carecen del carácter imitativo que contamina los “préstamos” o “transplantes”. A pesar de todo, deberíamos oponernos *prima facie* al uso dialógico de decisiones extranjeras. Esto es así por dos importantes razones: primero, porque el derecho extranjero agrega complejidad innecesaria a las decisiones de los tribunales y, segundo, porque dicho uso dificulta la implantación y desarrollo de una cultura constitucional propia. Permítaseme explicar estas dos razones con algo más de detalle.

Como puntualizaba El Federalista, los tribunales no tienen la fuerza ni la voluntad, sino meramente el juicio.<sup>103</sup> El hecho de que los tribunales carezcan de poder, les impone ciertas restricciones especiales. Así, a fin de hacer posible que tanto los litigantes como los terceros comprendan lo que los tribunales dicen, razonen con ellos e, idealmente, adhieran a sus decisiones y las hagan cumplir, los tribunales deben hablar en la manera más clara posible. La claridad es siempre exigida, pero es aún más necesaria en el contexto del derecho constitucional, dado que en estos casos esperamos que todas las decisiones constitucionales disparen un amplio y robusto debate en la ciudadanía. La supervivencia de la fibra democrática en las sociedades modernas, donde los tribunales suelen tomar en sus manos algunas de las decisiones sociales más complejas, se encuentra íntimamente asociada con la posibilidad de que todos los ciudadanos interactúen con los tribunales, lo que sólo puede ocurrir de la manera requerida cuando éstos hablan un lenguaje que puede ser fácilmente comprendido por todos los ciudadanos.

---

101. Ver Tushnet, *supra* notas 69 y 77; Jackson, *supra* notas 45 y 70. Ver Nota, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, 114 Harv. L. Rev. 2049 (2001).

102. *Euromepa S.A.*, 51 F. 3d at 1095. La descripción de la práctica actual de citar, analizar, o distinguir de o apoyarse en decisiones extranjeras y en tribunales supranacionales como un “diálogo” es tomada de Justice Claire L’Hereux-Dubé de la Corte Suprema de Canadá. Ver su artículo *The importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Renhquist Court*, 34 Tulsa L.J. 15, 24 (1998).

103. Ver THE FEDERALIST N°78 (Alexander Hamilton).

Ahora bien, como el derecho extranjero es un tópico difícil y la mayoría de los ciudadanos de un estado democrático no estarán familiarizados con él, la invocación de decisiones constitucionales foráneas por los tribunales –aún a pesar del efecto positivo que puedan tener, al aumentar la persuasividad de los tribunales– induce necesariamente una mayor complejidad en sus decisiones. Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que una persona común tendrá para seguir la argumentación en el ya mencionado caso *S.V. v. M.D.A.*, donde la Corte Suprema argentina no solamente citó casos norteamericanos sino también decisiones españolas y opiniones consultivas no vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junto a referencias a pactos internacionales y al derecho constitucional alemán, italiano, español, brasileño y paraguayo. Puede ser verdad que el derecho extranjero no sea una cuestión compleja para sofisticados abogados, profesores de derecho comparado y otras personas vinculadas a él, y que estas personas puedan seguir fácilmente el hilo de una decisión en la que se entrecruzan decisiones extranjeras. Sin embargo, ni el abogado sofisticado ni el profesor de derecho son el hombre medio de nuestras comunidades, y es precisamente ese hombre medio quien debería ser la audiencia privilegiada de los tribunales democráticos.

La claridad no se logra mediante la referencia constante al derecho extranjero en un contexto en el cual el derecho extranjero es un tema no habitual. Los tribunales promoverán mejor su interacción con litigantes y ciudadanos si mantienen sus decisiones tan simples como sea posible y, en lugar de envolver sus argumentos con referencias extranjeras, mostraran claramente las razones por las cuales deciden como lo hacen. En síntesis, deberíamos oponernos a los usos dialógicos del derecho extranjero simplemente porque las referencias extranjeras agregan una dañina complejidad a las decisiones de los tribunales.

La segunda razón para oponernos al uso dialógico del derecho extranjero por los tribunales –lo que, de hecho, se aplica a todos los usos no-autoritativos del derecho extranjero– está relacionada con la idea de que la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional solamente tiene lugar cuando se satisfacen ciertas condiciones. En efecto, una cultura constitucional depende completamente de que el derecho constitucional sea concebido y vivido como el árbitro único y final de todos los conflictos que puedan surgir entre los ciudadanos de un estado democrático. Para una cultura constitucional, resulta esencial que los ciudadanos, para usar una expresión de Fiss,<sup>104</sup> toleren “la compulsión de... reglas trascendentes” y que obedezcan el texto constitucional, aún en aquellas circunstancias donde la solución constitucional no coincide con lo que ellos piensan es mejor.

Desafortunadamente, el uso dialógico del derecho extranjero por los tribunales dificulta el desarrollo de una cultura constitucional. En efecto, como consecuencia de su tremenda heterogeneidad –el derecho extranjero tiene tantas fuentes diferentes como países existen, e inclinaciones tan variadas como ideologías legales hay–, el derecho extranjero priva a los tribunales que lo utilizan del sentido de unicidad y finalidad que sus decisiones deben provocar, a los fines de ser vistas como la última palabra en las disputas sociales.

---

104. Ver Owen M. Fiss, *The Death of the Law*, 72 CORNELL L. REV. 1, 13 (1986).



Piénsese por ejemplo, en el sentido de contingencia que los argentinos experimentan cuando, por ejemplo, leen *Amarilla, V.C. v. M.D.A.*, o *Bahamondez*, donde se mencionan decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Europea de Derechos Humanos. Después de leer opiniones de este tipo, me parece imposible que un hombre común no piense que su Constitución se encuentra a merced de las elecciones arbitrarias de la autoridad extranjera preferida y, consecuentemente, que su Constitución no es única y final, como requeriría el desarrollo de una cultura constitucional sino que, al contrario, es contingente y pasajera.

Obviamente, podría sostenerse que un lector capaz estará en condiciones de distinguir el *holding* del caso del texto que lo acompaña y que, en consecuencia, podrá –dejando de lado las influencias extranjeras– identificar las proposiciones normativas sostenidas por la Corte en el caso, localizarlas en el contexto de decisiones anteriores y luego recuperar el sentido de necesidad y finalidad que las decisiones de las cortes constitucionales requieren. Esto puede ser cierto, pero debemos recordar que la Corte debería hablar para todos, y no todos tendrán la posibilidad de hacer la –más bien sofisticada– distinción, particularmente en los estadios tempranos del desarrollo constitucional, cuando no está aún claro qué es lo que la Constitución exige.

**6.** He argumentado en este artículo que tanto los “préstamos” como los “transplantes” y los usos dialógicos de las normas constitucionales extranjeras por parte de los tribunales locales resultan problemáticos. En consecuencia, mi respuesta a la cuestión de si deberíamos imitar a otros en el terreno legal es negativa. Creo profundamente que siempre será mejor que nuestras autoridades constitucionales y nuestros tribunales miren hacia adentro, antes que hacia fuera, en su búsqueda de argumentos constitucionales.

Obviamente, lo que aquí sostengo no debe entenderse como una militancia para desalentar el estudio serio del derecho constitucional comparado. Al contrario, el estudio del derecho comparado es probablemente la mejor forma de entender el carácter legal de lo que somos y lo que podemos ser como creadores de derecho y sus destinatarios. Desde que aprendemos mucho por confrontación, el derecho comparado debería ser parte obligatoria de nuestra educación legal y nuestra cultura legal.

Para finalizar, permítaseme ofrecer una imagen que, desde mi punto de vista, muestra correctamente la relación adecuada entre los materiales extranjeros y el proceso de construcción y adjudicación constitucional. A fin de evitar los problemas de heterogeneidad del derecho constitucional, y para fortalecer la comunicación con las audiencias domésticas y la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional, las autoridades constitucionales –incluyendo los tribunales- deberían vincularse con el derecho extranjero como los trabajadores de la construcción lo hacen con un andamio, esto es, como artefactos sobre los cuales pararse para expandir sus propias habilidades constructivas, pero que nunca son componentes del trabajo final ni tampoco determinan la forma de lo que se construye.

