

EL DERECHO COMPARADO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL BRASILEÑA*

COMPARATIVE LAW IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Carlos BASTIDE HORBACH**

RESUMEN: En el presente trabajo se analizará el uso que el Supremo Tribunal Federal brasileño hace del derecho comparado. El texto resume los principales debates teóricos sobre el método comparativo y su aplicación en la jurisdicción constitucional, a fin de valorar si los ministros del tribunal utilizan de forma correcta o no las fuentes extranjeras, en particular, en las sentencias relativas a la investigación con células madre embrionarias y la unión civil entre personas del mismo sexo.

Palabras clave: Derecho comparado, jurisdicción constitucional, internacionalización del derecho.

ABSTRACT: This paper intends to analyze the use of comparative law by the Brazilian Federal Supreme Court (STF). It summarizes the main theoretical debates about the comparative method and discusses how this method applies to constitutional jurisdiction, using this data to evaluate the correctness of the foreign sources use by STF justices and studying especially two opinions of the Court: the stem cells case and the same sex civil unions case.

Keywords: Comparative law, constitutional jurisdiction, internalization of law.

* Artículo recibido el 30 de julio de 2016 y aceptado para su publicación el 26 de enero de 2017.

** Profesor, doctor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), Brasil. Profesor del programa de Máster y Doctorado en Derecho del Centro Universitario de Brasilia (UniCEUB). Doctor en derecho del Estado por la USP. Máster en derecho del Estado y teoría del derecho por la Universidad Federal de Rio Grande do Sul (UFRGS). Abogado.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Funciones y métodos del derecho comparado.* III. *El elemento extranjero en la fundamentación jurídico-constitucional.* IV. *El elemento extranjero en la jurisdicción del Supremo Tribunal Federal.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

“Los estatutos de los pueblos cultos y, en particular, los que regulan las relaciones jurídicas en la República de los Estados Unidos de América del Norte, los casos de *common law* y *equity*, también se aplicarán con carácter subsidiario de la jurisprudencia y el proceso federal”. Con estas palabras, el artículo 386 del Decreto 848, del 11 de octubre de 1890, que establece la organización de la justicia federal brasileña, señalaba el camino seguro que debían seguir los intérpretes del nuevo orden institucional republicano que nacía en Brasil.

Este título, forjado en la mente jurídica de Campos Salles,¹ puede considerarse el marco inicial de la jurisdicción constitucional brasileña,² pues define los poderes del Supremo Tribunal Federal (en lo sucesivo, STF), entre ellos el de decidir sobre la validez de actos frente a la Constitución, como se desprende de lo dispuesto —según la técnica legislativa de aquel momento— en el apartado único del inciso II del artículo 90.³

¹ Manuel Ferraz de Campos Salles (1841-1913) fue un político y jurista brasileño, natural del estado de São Paulo, que ocupó los cargos de ministro de Justicia (1889-1891), senador de la República (1891-1896 y 1911-1913) y presidente de la República (1898-1902).

² Debe señalarse que se trata del marco inicial de la jurisdicción constitucional brasileña; es decir, de la actividad judicial dirigida al ejercicio del control de constitucionalidad, aunque en el decreto en cuestión no se sitúa el surgimiento del control de constitucionalidad en Brasil, pues durante el Imperio, la Asamblea General ejercía constantemente el control de constitucionalidad sobre las leyes provinciales, y el Consejo de Estado también cotejaba las leyes con el texto constitucional de 1824, promoviendo incluso decisiones de interpretación conforme a la Constitución (*cfr.* Lopes, José Reinaldo de Lima, *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 198 y ss.).

³ “Apartado único. También se podrán recurrir ante el Supremo Tribunal Federal las sentencias definitivas dictadas por los tribunales y jueces de los Estados:

a) cuando la resolución sea contraria a la validez de un tratado o convenio, a la aplicabilidad de una ley del Congreso Federal, en definitiva, a la legitimidad del ejercicio de cualquier autoridad que haya actuado en nombre de la Unión, cualquiera que sea la jurisdicción;

De este modo, la jurisdicción constitucional brasileña nace bajo la decisiva influencia del derecho extranjero, en particular del derecho norteamericano, y orientada por el texto del Decreto 848. Ante la abrupta transposición de instituciones republicanas y presidencialistas a un entorno cultural marcado por años y años de prácticas constitucionales monárquicas y parlamentaristas —o seudoparlamentaristas, como preferirían decir algunos críticos del Segundo Reinado—,⁴ es natural que la doctrina y la jurisprudencia de países con experiencia en estas “novedades” fueran la fuente más fácil y fiable a la hora de interpretar y aplicar el orden constitucional de la República.

De este modo, de la simple lectura de los primeros constitucionalistas republicanos se desprende este factor. Pedro Lessa, por ejemplo, al señalar las matrices extranjeras, explicita las fuentes de su investigación sobre el Poder Judicial en la Constitución de 1891, publicada en 1915:

Como por ahora nuestra doctrina cuenta con un número casi nulo de exponentes, y la jurisprudencia, incipiente y vacilante, puede prestar poca ayuda o amparo, fue necesario recurrir a los comentaristas y a las sentencias del país cuyas instituciones políticas sirvieron de modelo a las nuestras, los Estados Unidos de América del Norte, sirviéndome, también, con cierta frecuencia, de los exegetas y la jurisprudencia de una nación que nos precedió a la hora de perfilar las líneas principales de la obra de Hamilton, Madison y Jay, la República Argentina. Al existir en el primero de estos países una gran cantidad de precedentes, de verdades generales, inducidas de la observación de los hechos, de deducciones de dichas verdades, de sentencias dictadas sobre una inmensa variedad de pleitos, de anotaciones y comparaciones de los resultados de interpretaciones y aplicaciones diversas de esta modalidad del derecho constitucional, creada por los norteamericanos, y adoptada en gran medida por nosotros, había sido una falta imperdonable estudiar nuestra ley

b) cuando se cuestione la validez de una ley o acto de cualquier Estado por ser contrario a la Constitución, los tratados y las leyes federales y la resolución haya decretado la validez de la ley o acto;

c) cuando se cuestione la interpretación de un precepto constitucional o de una ley federal, o de la cláusula de un tratado o convenio, y la resolución final haya sido contraria a la validez del título, derecho y privilegio o exención, derivado del precepto o cláusula”.

⁴ Para un análisis del sistema parlamentario del Imperio y sus críticas: Horbach, Carlos Bastide, “O parlamentarismo no Império do Brasil (II). Representação e democracia”, *Revista de Informação Legislativa*, año 44, núm. 174, abril-junio de 2007, pp. 213-231.

fundamental sin las lecciones de los constitucionalistas y los jueces de América del Norte.⁵

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en los comienzos de la República también está marcada por los argumentos norteamericanos o, incluso, de países latinoamericanos con más experiencia constitucional republicana, como Argentina. En los votos de los ministros sobran menciones a nombres como Cooley, Thayer, Taylor y Willoughby, así como a Vedia, Barraquer y Varela, y se incluyen referencias a precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.⁶

De esta forma, la acumulación de referencias extranjeras es una de las características más constantes de los votos de los ministros del STF, tanto durante los primeros años de la República, sus fases de consolidación democrática y en las etapas de crisis institucional, como en la actualidad.

La jurisdicción constitucional brasileña evolucionó, legislativa y jurisprudencialmente, bajo la égida de las experiencias extranjeras, de forma que dicha evolución pasa a reflejarse en el origen de los autores y los precedentes citados en los votos, pues cada vez menos se refieren a nombres americanos y, más a autores y tribunales europeos.⁷

De esta forma, se puede afirmar que el ejercicio de la jurisdicción constitucional brasileña, que nace a finales del siglo XIX y principios del XX, estuvo marcado por el derecho extranjero. El recurso a normas, autores y precedentes de otros países es uno de sus rasgos más destacados, incluso a principios del siglo XXI.

Mientras que la jurisdicción constitucional brasileña daba sus primeros pasos —en el cambio del siglo XIX al XX—, otro campo de la ciencia jurídica era sistematizado y ganaba autonomía: el derecho comparado.

⁵ Lessa, Pedro, *Do Poder Judiciário*, ed. facsimilar, Brasília, Senado Federal, 2003, p. 6.

⁶ Bastide Horbach, Carlos, *Ministro Pedro Lessa. Memória jurisprudencial*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2007, pp. 99-101.

⁷ Esta afirmación se puede constatar no sólo en Brasil, sino en todo el mundo. Se evidencia una significativa disminución de la importancia de la Constitución de Filadelfia en el proceso de elaboración de nuevos textos constitucionales, que acaban sufriendo una mayor influencia de las Constituciones europeas de posguerra, o incluso de textos más recientes, como la Constitución de Sudáfrica o la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (*cfr.* Law, David S. y Versteeg, Mila, “The Declining Influence of the United States Constitution”, *New York University Law Review*, vol. 87, núm. 3, junio de 2012).

Este nuevo campo de estudios jurídicos nace en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París, en 1900, donde se proclamó que el objetivo de la nueva disciplina que se estaba formando era buscar los principios generales de derecho reconocidos por los países civilizados e identificar el fondo común de la ciencia jurídica.⁸ El fin general del derecho comparado, en los términos establecidos en el referido congreso, era descubrir un derecho común legislativo y formar unas reservas comunes de soluciones jurídicas para aquellos problemas, idénticos o parecidos, que tenían los diferentes países allí reunidos.⁹

El desarrollo del derecho comparado en los ciento quince años que siguieron al famoso Congreso de París transformó sus objetivos y amplió sus métodos, lo que proporcionó un mayor rigor científico a las comparaciones jurídicas. De la búsqueda de elementos normativos comunes que, a principios del siglo XX, marca la fase constitutiva, se pasó, durante el periodo entreguerras, a un intento utópico de unificación mundial del derecho y, tras la Segunda Guerra Mundial, a la preponderancia de los estudios de metodología del derecho comparado.¹⁰ Hoy en día, el derecho comparado se inserta en el escenario de la globalización¹¹ y la internacionalización del derecho.¹²

En otras palabras, la forma de producirse el intercambio de distintas experiencias jurídicas sufrió una significativa evolución. En la actualidad, no se produce la comparación propia de principios del siglo XX, pues los métodos y los objetivos del derecho comparado son otros, sin lugar a dudas, diferentes.

Falta saber si este cambio en el marco general del derecho comparado se deja sentir en el ejercicio de la jurisdicción constitucional brasileña, que desde un principio —como ya ha señalado— se caracteriza por una fuerte asimilación de elementos doctrinales y jurisprudenciales extranjeros.

⁸ Ancel, Marc, *Utilidade e método do direito comparado*, trad. Sérgio Porto, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980, p. 29.

⁹ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., trad. de Tony Weir, Oxford, Clarendon, 2011, p. 59.

¹⁰ Ancel, Marc, *op. cit.*, pp. 33-39.

¹¹ Watt, Horatia Muir, “Globalization and Comparative Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008, pp. 579-607.

¹² Delmas-Marty, Mirelle, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Editions du Seuil, 2004, *passim*.

Es decir, el objeto material del presente estudio es el uso que el Supremo Tribunal Federal hace de fuentes extranjeras en el ejercicio de la jurisdicción constitucional después de 1988, mientras que el objeto formal; esto es, la perspectiva desde la que se examina el objeto material, es la moderna metodología del derecho comparado.

Así, se podrá valorar cuál es el rigor científico y metodológico del STF a la hora de recurrir a argumentos de derecho extranjero para resolver controversias en un principio sometidas al derecho brasileño, y que deben decidirse con base en él.

Para ello, en un primer momento, se expondrán las funciones y los métodos actuales del derecho comparado, considerando las peculiaridades del derecho constitucional comparado. Enseguida, se procederá a presentar los argumentos a favor y en contra de la utilización de fuentes extranjeras como fundamento de decisiones en el ámbito constitucional, teniendo como referencia el peculiar debate sobre el tema entablado en Estados Unidos. Por último, el estudio se centrará en dos fallos del Supremo Tribunal Federal, ambos de enorme repercusión, para identificar los métodos de derecho comparado que utilizan los ministros, así como las consecuencias del uso de fuentes extranjeras en la actual jurisdicción constitucional brasileña.

II. FUNCIONES Y MÉTODOS DEL DERECHO COMPARADO

La función y el método son cuestiones indisociables. Una vez definida la función, se podrá identificar el método más adecuado para realizarla. De esta forma, para comprender bien el derecho comparado hay que identificar correctamente sus funciones, en particular las relativas al objeto de este estudio: el uso que la jurisdicción constitucional hace de fuentes extranjeras. Con esta definición funcional, en definitiva, se podrá determinar el modelo metodológico que servirá de base para examinar los precedentes del STF y valorar el rigor científico con el que los ministros que lo integran se sirven de fundamentos de derecho extranjero.

Para cuestionar las funciones del derecho comparado se deben buscar las respuestas a la pregunta de por qué comparar. Entre las distintas respuestas, se puede identificar la función primaria del derecho comparado,

relativa al conocimiento de los ordenamientos extranjeros y la adquisición de nuevos elementos cognitivos, que permitan alcanzar finalidades teóricas y prácticas que, a su vez, se consideran la función secundaria de la comparación, es decir, la utilización concreta de la información obtenida mediante el empleo de los métodos de comparación.¹³

Zweigert y Kötz sistematizan de forma un poco más didáctica estas funciones secundarias; para ello, exponen cinco objetivos específicos del moderno derecho comparado.

En primer lugar, el objetivo del derecho comparado es proporcionar al jurista el conocimiento pleno de su ciencia, que no se limita a técnicas de interpretación y aplicación de las normas del ordenamiento nacional, sino que comprende el descubrimiento de modelos de prevención y solución de los conflictos sociales. De esta forma, el primer fin de la comparación es generar, mediante la comprensión de las normas extranjeras, un mayor número de alternativas para resolver los problemas concretos con los que se depara el jurista. El derecho comparado, por ende, aumenta el número de soluciones a disposición del jurista y lo capacita para mantener la paz social.¹⁴

Según los autores alemanes, la segunda función del derecho comparado sería auxiliar al legislador. “Legisladores de todo el mundo han observado que, muchas veces, no se pueden dictar buenas leyes sin recurrir al derecho comparado, bien a través de estudios generales bien mediante informes específicos sobre el tema en cuestión”.¹⁵ Además, en realidad, esta es la más antigua de las funciones del derecho comparado, pues “siempre se ha pensado que conocer los derechos extranjeros tenía una importan-

¹³ Scarciglia, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Juan José Ruiz, Madrid, Dykinson, 2011, p. 70.

¹⁴ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 15.

Scarciglia, con apoyo en Ackerman, registra que ese movimiento de acumulación de conocimientos por medio del derecho comparado ha llevado a una verdadera revolución macrocomparativa: “El fenómeno —definido con la expresión ‘revolución macrocomparativa’— va a incidir no sólo en el modo —y los lugares— de conocimiento del derecho extranjero, sino que también va a favorecer nuevas combinaciones de formantes, que podríamos definir ‘neo-formantes’ (*neo-formants*), reconocibles al comparatista mediante el auxilio de la historia, por la cultura de un pueblo, por la evolución de las fórmulas políticas o por otros factores que combinándose entre ellos inciden en el juego de formantes” (Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 74).

¹⁵ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 16.

cia primordial para el legislador”, como demuestran las obras de Platón y Aristóteles.¹⁶

De acuerdo con la tercera función, el derecho comparado sería un instrumento de interpretación del derecho nacional.¹⁷ La cuestión resulta más relevante cuando se proyecta sobre el ámbito de la jurisdicción constitucional, es decir, la importancia del derecho comparado en la interpretación de las Constituciones nacionales.

La gran cuestión que la tercera función pone sobre la mesa es la de saber cómo y cuándo el intérprete puede recurrir a una solución extranjera para dar sentido a una disposición de su ordenamiento. Este recurso puede englobar desde la confirmación o la fundamentación de un argumento hasta la introducción de una orientación completamente nueva y, con cierta frecuencia, separada del contenido literal de la disposición objeto de interpretación.

Desde los primeros comparatistas se introdujeron algunos límites al ejercicio de esta función del derecho comparado. A principios del siglo XX se difundieron dos orientaciones dirigidas al juez, relativas al uso del derecho extranjero: por un lado, este uso sólo se justifica cuando es necesario para colmar una laguna, y, por otro, la solución encontrada tiene que ser conforme al derecho interno.¹⁸

Asimismo, Zweigert y Kötz señalan que mientras los tribunales alemanes son reacios a realizar interpretaciones basándose en el derecho extranjero y el tribunal de casación francés hace “oídos sordos” a cualquier argumento que tenga en consideración el derecho comparado, países como Portugal y Grecia están claramente abiertos a la influencia exterior. Esto sin contar con el constante intercambio de experiencias que se produce entre los países de la *Commonwealth* británica, en particular, Inglaterra, Canadá y Australia.¹⁹

¹⁶ Ancel, Marc, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹⁷ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 19. Cabe señalar que los ejemplos de ordenamientos abiertos a la interpretación basada en derecho comparado o son de países culturalmente muy próximos, como los de la *Commonwealth*, o de países jurídicamente periféricos, como Portugal y Grecia, que ya han utilizado el derecho comparado en la formación de sus normas.

En cuarto lugar, el derecho comparado se presenta como una herramienta de formación jurídica.

El derecho comparado proporciona al estudiante de derecho toda una nueva dimensión, en la que puede aprender a respetar culturas jurídicas propias de otros pueblos y a comprender mejor su propio ordenamiento, puede desarrollar los modelos críticos adecuados para propiciar el desarrollo de su ordenamiento y comprender también cómo los hechos sociales condicionan las reglas jurídicas.²⁰

Por último, la quinta función del derecho comparado es preparar los procesos de unificación del derecho en el ámbito internacional o supranacional. Cuando se busca elaborar leyes modelo o directrices comunitarias, no se pueden formular enunciados ideales ni esperar que los diferentes países los adopten. Por encima de todo, hay que identificar cuáles son los principios comunes a todos los ordenamientos de los países involucrados, que posibilitan que la cultura jurídica de cada Estado acepte las normas internacionales o supranacionales.²¹

Teniendo en cuenta las funciones y los objetivos del derecho comparado y sin apartar la mirada del objeto de este estudio —que no es otro que la utilización del derecho comparado en la jurisdicción constitucional—, se puede afirmar que, de todas ellas, las más interesantes son la primera y la tercera, relacionadas, respectivamente, con el perfeccionamiento del jurista —que aumenta el catálogo de posibles soluciones para enfrentar problemas concretos— y con la utilización del derecho extranjero en la interpretación del derecho nacional.

Sin embargo, no se pueden dejar de lado las funciones, señaladas por la doctrina, propias de una peculiar variante del derecho comparado, como es la comparación constitucional. Jorge Miranda, mencionando las razones de ser del derecho constitucional comparado, expone la siguiente síntesis:

Con relación al derecho constitucional de cada Estado, son múltiples las razones de ser del trabajo comparativo:

1) Mostrar la procedencia de cualquier institución en él introducida, identificando el sistema del que es originario, representando el modo de recep-

²⁰ *Ibidem*, p. 21.

²¹ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

ción, enumerando las transformaciones sufridas con el paso de un sistema a otro e, incluso, explicando las causas de la recepción.

2) Disipar dudas sobre el origen de alguna institución, explicando que, pese a ser similar a una institución de otro país, no pudo haber sido acogida de este, pues, en realidad, se fue a buscar a un tercer país o incluso nació en el sistema en análisis sin influencia externa.

3) En el caso de que se trate de una institución de la que no se pueda afirmar que se ha importado de un derecho extranjero o nacional de otra época, señalar cómo proceden diferentes sistemas jurídico-constitucionales ante problemas análogos de regulación.²²

En realidad, estas consideraciones ponen en evidencia que en el ámbito del derecho constitucional se hace un uso especial de las funciones tradicionales del derecho comparado, lo que permite concluir que si hay identidad —o al menos proximidad— de funciones, habrá una relación igual con las cuestiones metodológicas.

Desde su sistematización, en el cambio del siglo XIX al XX, el derecho comparado ha buscado identificar la metodología más adecuada para lograr sus fines, sin que hasta el momento se pueda afirmar que exista consenso, sino una aceptación más amplia y difundida de uno de estos métodos, aunque no libre de críticas.²³

Así, en el derecho comparado se desarrollaron diferentes enfoques metodológicos, que, por ejemplo, se traducen en los métodos problemático, casuístico, fáctico y funcional,²⁴ que destacan la función que una determinada categoría, regla o institución desempeña en su ordenamiento mediante la comparación con categorías, reglas o instituciones funcionalmente similares.

Hoy en día, este método funcional es el más aceptado por la doctrina comparatista. Zweigert y Kötz llegan a afirmar que

...el principio metodológico básico de todo el derecho comparado es el de la funcionalidad. De este principio básico derivan todos los demás que determi-

²² Miranda, Jorge, “Sobre o direito constitucional comparado”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 55, abril-junio de 2006, pp. 243 y ss.

²³ Para un análisis crítico del método funcional: Michaels, Ralf, “The Functional Method of Comparative Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *op. cit.*, p. 339.

²⁴ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 88.

nan la elección de los derechos que se van a comparar, el objetivo de la comparación, la creación de un sistema de derecho comparado, y así en adelante. No hay utilidad en comparar lo incomparable, y en materia jurídica sólo son comparables las cosas que cumplen la misma función.²⁵

Sin embargo, no es fácil buscar estas funciones idénticas o similares. La comparación funcional exige numerosos requisitos. En un principio, el método funcional exige al jurista erradicar aquellas comprensiones previas propias de su sistema nativo. Después, exige que se conozcan los sistemas de fuentes de los ordenamientos que se comparan, conocimiento que se extiende por toda la amplitud de dichas fuentes. Además, el modo de comprender las fuentes y experimentar las normas adquiere una evidente relevancia, pues se busca no el derecho positivo, sino el “derecho en acción”, según la expresión de los autores anglosajones o, incluso, no sólo el derecho vigente, sino principalmente el “derecho vivo”, usando la expresión de los italianos.²⁶

Ante este escenario, la formación previa del jurista pasa a ser un elemento fundamental. No sólo su formación jurídica, sino también la humanista, en lo que se refiere, por ejemplo, al dominio del idioma de los países extranjeros objeto de estudio. Se enfatiza tanto sobre estas condiciones previas a la comparación, que autores tradicionales del derecho comparado defienden constantemente la necesidad de “viajes de comparación”, en los que los juristas podrían investigar *in situ* el funcionamiento del derecho extranjero, gracias a un proceso de completa inserción en su vida cultural, política, institucional, etcétera.²⁷

En la actualidad, con las innovaciones de la comunicación global, esta inserción en el entorno normativo extranjero puede prescindir de reali-

²⁵ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 34.

²⁶ Estas necesarias implicaciones de la actividad de comparación se resumen en el siguiente fragmento de Roberto Scarciglia: “¿Pero cómo puede el jurista percibir en su totalidad el término a comparar? Es necesario que siga algunas reglas. Se suelen tener en cuenta estas cinco: a) el término a comparar debe ser estudiado tal y como aparece en la realidad; b) el término de comparación debe ser examinado en sus fuentes originales; c) el término a comparar debe ser estudiado en la complejidad y totalidad de las fuentes del derecho; d) el respeto de la jerarquía de las fuentes en el ordenamiento examinado; e) el término a comparar debe ser interpretado según el método hermenéutico del ordenamiento de pertenencia” (*cf.* Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 94).

²⁷ Ancel, Marc, *op. cit.*, p. 111.

zar el “viaje” al que se referían los autores clásicos, por más interesantes y agradables que puedan ser dichas experiencias. En realidad, se puede acceder a los más variados datos y a la información más completa de diferentes sistemas jurídicos sin necesidad de vivir el día a día ni experimentar el funcionamiento de sus instituciones *in situ*.

No obstante, este aspecto pone en evidencia el variado grado de información que debe recopilarse para desarrollar un estudio comparado, que empieza precisamente con esta comprensión amplia de la cultura jurídico-institucional y la vida social de los países en cuestión, en un proceso que —una vez más, según Zweigert y Kötz— exige “imaginación y disciplina”.²⁸

Sin estos elementos de comprensión global de los ordenamientos, la simple yuxtaposición de varias reglas no es derecho comparado, sino su paso previo. A partir de esa yuxtaposición comienza el trabajo más arduo en cualquier comparación, que también se refiere a la identificación de diferencias en las aparentes semejanzas.²⁹

En la etapa siguiente, eliminadas las falsas congruencias, la comparación busca construir *de facto* un sistema, que mantenga el vínculo necesario con los aspectos funcionales que pautan el derecho comparado:

El derecho comparado está estrechamente conectado con las modernas tendencias de las ciencias sociales cuando cuestiona cuál puede ser la función de las instituciones jurídicas en los diferentes países, antes de preguntar cuál es su estructura doctrinal, así como cuando ordena las soluciones de los distintos sistemas sobre bases realistas, probándolas a partir de su capacidad de reaccionar ante las necesidades sociales que buscan satisfacer.³⁰

Para ello, se preconiza un procedimiento metodológico, que se resume en tres acciones elementales: conocer, comprender y comparar. A estas tres, algunos autores añaden la aplicación de resultados, que es una etapa contingente, que varía según las finalidades del estudio. En las dos funciones antes indicadas —ampliación del número de soluciones a disposición del jurista y asistencia en la interpretación del derecho nacional— se dará esta fase de aplicación de resultados.

²⁸ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 37.

²⁹ *Ibidem*, p. 43.

³⁰ *Ibidem*, p. 45.

Estas fases son sucesivas, en el sentido de que una constituye la base de la siguiente, y complementarias, ya que todas existen en función de las demás.³¹

Siguiendo estos pasos, orientados por la funcionalidad de las instituciones y comparaciones metodológicamente respaldadas, el jurista puede lograr alcanzar, de modo realmente satisfactorio, los objetivos del derecho comparado, en especial en lo que se refiere a la mejora de su propio ordenamiento.

Como Ackerman,³² no se puede ignorar que el derecho constitucional comparado está en su fase inicial, aún más si se contrasta con las comparaciones que tradicionalmente se llevan a cabo en el ámbito del derecho privado. En este contexto de génesis de la comparación en el derecho público, siempre se corre el riesgo de asumir premisas falsas, que, por ende, llevarán a conclusiones también falsas. Ejemplos de estas premisas falsas son lo que Ackerman denomina “nominalismo” y “particularismo”. El primero induce al estudiado a considerar como semejantes aquellas instituciones que tienen el mismo nombre —y el ejemplo que da es el de tribunal constitucional, bajo cuyo nombre pueden esconderte instituciones de lo más variado— y el segundo hace que el examen comparado busque introducir de tal forma el objeto de análisis en su contexto original, que ignore sus conexiones naturales con el mundo exterior.³³

Por último, falta recordar la advertencia de Scarciglia sobre los riesgos de un procedimiento de comparación que no esté amparado por una adecuada metodología: “Sin un enfoque metodológico serio el estudiado corre el riesgo de no llevar a cabo ninguna actividad de comparación real, incurriendo más bien en la realización de actividades en su mayor parte ornamentales, sin ningún valor epistemológico”.³⁴

³¹ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 92.

³² Ackerman, Bruce, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, p. 794.

³³ Marc Ancel señala también este riesgo del nominalismo, desde una perspectiva general del derecho comparado: “Sobre todo no se debe confiar en las traducciones apresuradas y en los denominados *falsos amigos*. No se puede traducir *common law* por *derecho común*, la *equity* inglesa no es la equidad continental y la *preventive detention*, que constituye un internamiento y seguridad, no es nuestra *prisión preventiva*” (*cf.* Ancel, Marc, *op. cit.*, p. 111).

³⁴ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 94.

III. EL ELEMENTO EXTRANJERO EN LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Una vez vista la forma de producir el derecho comparado para que tenga valor científico, a fin de que, desde un punto de vista metodológico, sea adecuado para cumplir sus funciones, falta analizar otra cuestión de enorme importancia, como es la de la legitimidad y la relevancia del uso del elemento extranjero en la fundamentación jurídica llevada a cabo en un determinado ordenamiento nacional.

Desde una perspectiva histórica —y el aspecto histórico no puede olvidarse en el proceso de comparación—,³⁵ muchas veces esta relevancia es evidente y deriva del origen mismo de las normas de un determinado ordenamiento. El énfasis que se puso en la experiencia norteamericana en la época del nacimiento de la república brasileña es prueba de ello.

Si bien hay otros elementos de orden pragmático y teórico que ayudan a caracterizar la relevancia del derecho extranjero en la solución de las controversias de un determinado ordenamiento. Elementos éstos, además, que no escapan a las críticas, máxime, en aquellas realidades nacionales, como la norteamericana, en la que, por ejemplo, el uso de referencias extranjeras era un verdadero tabú.³⁶

³⁵ Mirkine-Guetzévich, Boris, “L’histoire constitutionnelle comparée”, *Annales de l’Institut de Droit Comparée de la Université de Paris*, Paris, 1936, pp. 85-98. Según el autor, “el derecho constitucional comparado siempre debe estudiarse en el marco de la historia política”.

³⁶ Aunque, como señala Vicki C. Jackson, esta práctica por lo demás se acogía desde el origen de la jurisdicción de la Corte Suprema de Estados Unidos, como demuestran el ejemplo del célebre caso *Marbury contra Madison*, o en casos más recientes, como el también célebre *Miranda contra Arizona*, en el que, tras analizar el derecho de otros cuatro países de habla inglesa, el tribunal decidió reforzar los derechos de los ciudadanos norteamericanos para protegerlos frente a interrogatorios abusivos por parte de las autoridades policiales (Jackson, Vicki C., “Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse”, en Balik, Jack M. y Siegel, Riva B. (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 286-288).

En este mismo sentido, Cheryl Saunders: “Reference by courts to foreign law in determining constitutional questions is presently a controversial practice in the United States. The controversy should be kept in perspective, however. Reference to foreign law in the course of constitutional adjudication in the United States is not a recent phenomenon, nor is it confined to the Supreme Court. Most members of the current Court have referred to comparative sources, at some stage, for a reason other than to dismiss the legitimacy of reliance on them. At least four justices also have made extra-judicial remarks that appear to endorse the use of comparative constitutional law in some circumstances. Based on pres-

A continuación se expondrán estas críticas, a fin de aislar sus consecuencias en la práctica cotidiana de la jurisdicción constitucional y comprobar su fortaleza teórica.

En el estado actual del debate entablado en los Estados Unidos sobre el tema, las posiciones se presentan como radicales y acaloradas. Como señala Vicki C. Jackson, el debate sobre el uso de referencias extranjeras en los tribunales norteamericanos adquirió un carácter simbólico, al considerarse dicho uso como representativo de todo lo que determinados juristas vienen identificando como un proceder equivocado de la Corte Suprema durante los últimos años, incluyendo sus actividades contramayoritarias —tan presentes en la jurisprudencia del STF— y también un cierto carácter elitista que habría asumido la corte, distanciándose de sus raíces americanas. Por otro lado, los defensores de esas referencias extranjeras no consideran que se trate de una cuestión fundamental, sino tan sólo un elemento más de un proceso amplio de interpretación constitucional.³⁷

En la Corte Suprema de Estados Unidos, las críticas a las fuentes extranjeras las verbaliza sobre todo el *Justice* Antonin Scalia tras la decisión de algunos casos —en particular, Lawrence contra Texas y Roper contra Simmons— en los que es más explícita la utilización de fuentes extranjeras, a partir de los comentarios del *Justice* Anthony Kennedy.³⁸

ent indications, it seems likely that references by U.S. judges to foreign law will increase, if cautiously, although changes pending in the composition of the Supreme Court make prediction risky" (Saunders, Cheryl, "The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, winter 2006, vol. 13, núm. 1, p. 39).

³⁷ Jackson, Vicki C., *op. cit.*, p. 285.

³⁸ Para un análisis más periodístico de la participación de Kennedy en los llamados "Seminarios de Salzburgo" y del reflejo que esto tuvo en las decisiones de la Corte Suprema, véase Toobin, Jeffrey, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, Anchor Books, Kindle edition, 2008, position 3045 y ss.

La reacción a la utilización de fuentes extranjeras no se limitó a la Corte Suprema de Estados Unidos. En 2005, en la House of Representatives, que es la Cámara Baja del Congreso de Estados Unidos, se trató un proyecto de ley —el llamado Constitution Restoration Act (HR 1070, 109th Congress – 2005)— que, en la interpretación de la Constitución, determinaba la prohibición de que los tribunales norteamericanos utilizaran “cualquier constitución, ley, norma administrativa, orden ejecutiva, directriz, decisión judicial o cualquier otra acción de cualquier Estado extranjero, organización o agencia internacional, excepto el derecho constitucional o el *common law* ingleses practicados hasta el momento en que se dictó la Constitución de los Estados Unidos” (Tushnet, Mark, “The ‘Constitution Restoration Act’ and judicial independence: some observations”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, núm. 4, 2006, pp. 1071-1082).

Las objeciones de Scalia pueden resumirse en los siguientes aspectos: *a)* las fuentes extranjeras son irrelevantes para el originalismo, que aquí se considera, en líneas generales, como el método de interpretación que busca determinar la intención y sentido originales del texto constitucional norteamericano, tal y como los definieron los *framers* de 1787; *b)* la utilización de fuentes extranjeras no es democrática, pues el Estado nacional que recibe la influencia no participa en la creación de ese derecho ni en la elección y el control de sus jueces, cuyas resoluciones se interiorizan, y *c)* la utilización de fuentes extranjeras aumenta la discrecionalidad judicial y permite la elección arbitraria de normas extranjeras que se amolden a la argumentación desarrollada por el juez, en un proceso que el *Chief Justice* Roberts, en su discurso ante el Senado norteamericano, calificó de *cherry-picking*.³⁹

Obviándose la crítica al originalismo, que, dadas sus particularidades, se puede ceñir al escenario norteamericano, quedan las cuestiones relacionadas con la falta de legitimidad y la falta de método en el recurso a las fuentes extranjeras, puntos cruciales que se examinarán a continuación.

Sobre la primera crítica, la de la legitimidad, se puede afirmar que las fuentes extranjeras no se consideran de forma aislada y se trasponen en el ordenamiento nacional, adquiriendo con ello el mismo valor de las normas nacionales. Es decir, mediante este proceso, de hecho, no se sustituyen las leyes nacionales a favor de las leyes extranjeras, pues el recurso al derecho comparado no es una forma de subversión del orden jurídico de un país.

En realidad, existen diferentes niveles de recurso al derecho extranjero, por medio de la comparación. Cheryl Saunders sistematiza la cuestión fijando una escala que va desde el uso moderado de fuentes extranjeras (*soft use*) hasta un uso intensivo (*hard use*). Del lado del uso moderado se encuentran prácticas como la referencia a situaciones empíricas o la afirmación de la corrección del derecho interno mediante su comparación con el extranjero, y en el extremo opuesto, el del *hard use*, están los casos en los que el uso del derecho extranjero contribuye más significativamente a modelar

³⁹ Jackson, Vicki C., *op. cit.*, pp. 286 y 287. La frase de Roberts es, justamente, en el sentido de que “by cherry-picking foreign law, you can find anything you want”. O, como afirmó el propio Scalia en el fallo de *Ropers contra Simmons*, “to invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decision making, but sophistry”.

la decisión que dicta el tribunal nacional e incluye la importación de fundamentos de un tribunal extranjero, recurso al derecho extranjero a fin de interpretar el texto constitucional nacional o incluso, en el extremo, una trasposición judicial de norma, institución o práctica extranjeras.⁴⁰ En el campo del *hard use* también se pueden incluir las prácticas que llevan a la llamada *cross-fertilization*, considerada como un estímulo externo que promueve evaluaciones del derecho interno, que llevan a su evolución. Esta evolución supone una adaptación del sistema jurídico receptor a las influencias externas, que adquieren un nuevo perfil, de modo que el nuevo desarrollo es un producto distinto, pero orgánicamente vinculado a ese sistema.⁴¹

La cuestión de la legitimidad será, por tanto, más o menos grave en función de si la utilización del derecho extranjero está más cerca del *hard use* o del *soft use*, respectivamente. Sin embargo, de cualquier modo, la crítica a la legitimidad democrática del uso de fuentes extranjeras sólo sería realmente efectiva si se estuviera en un marco en el que se presentara como una imposición al juez y no como una posibilidad para mejorar el razonamiento judicial.⁴²

En lo que respecta a la segunda cuestión, la de la falta de criterios, se ve simplemente superada por la utilización de los métodos y procedimientos del derecho comparado, tal como se exponen en el apartado anterior. Recurrir la técnica comparativa, dentro de parámetros determinados científicamente, pone en jaque la práctica del *cherry-picking*, pues expone las fragilidades del recurso arbitrario a uno u otro ordenamiento.

Tan sólo mediante el uso de métodos claros y procedimientos seguros, la jurisdicción constitucional puede enfrentar los desafíos que plantea, desde una perspectiva comparada, utilizar el derecho extranjero para fundamentar sus decisiones.⁴³

⁴⁰ Saunders, Cheryl, *op. cit.*, p. 50.

⁴¹ Bell, John, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2011, p. 434.

⁴² Jackson, Vicki C., *op. cit.*, p. 287.

⁴³ Una vez más, las lecciones de Cheryl Saunders: “The second principal ground of opposition to the use of comparative sources in constitutional adjudication concerns methodology. This is potentially a more serious issue for those common law countries in which the practice is readily employed. The debate in the United States has had the effect of focusing attention on two distinct dimensions of the methodology of the use of comparative constitutional law by courts: the process of judicial reasoning and the methodology of comparative law. Each intersects with and may be further fueled by other intense con-

Por tanto, las críticas no se dirigen propiamente al uso de elementos extranjeros, sino a la forma cómo esto se hace. Bien porque no existe un criterio en el establecimiento de las comparaciones —que son un mero y caprichoso acto de *cherry-picking*, para utilizar la jocosa expresión de los norteamericanos—; bien porque se da preferencia a fuentes extranjeras frente a nacionales, con lo que se invierte su valor relativo; bien porque los ejercicios de comparación se producen en entornos constitucionales supuestamente contrarios a la experiencia extranjera, como sucede en Estados Unidos tras la ola originalista de los años ochenta.

Excluidas, de esta forma, las críticas que impiden el uso del derecho extranjero y del método comparado, falta examinar las razones que lo justifican, es decir, aquello que legitima este uso o incluso lo incentiva.

temporary controversies over, respectively, judicial activism and what has been described as ‘critical comparative law’ reflecting a new ‘appreciation of diversity’. Significant defects in either judicial or comparative method have the potential to undermine the legitimacy of recourse to foreign law in constitutional adjudication on grounds of misuse, rather than use. A second question for judicial method concerns the greater potential for manipulative use of foreign legal sources. Most obviously, this might take the form of unjustifiable selectivity in the choice of sources, by jurisdiction or by item, deliberately or by inadvertence. Justice Scalia identified the problem in typically colorful terms in his opinion in *Roper*: ‘To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry’. The phenomenon of ‘cherry-picking’ is well-recognized. Yash Ghai, for example, described the approach of Hong Kong courts to foreign cases in the early years of the Hong Kong Bill of Rights as ‘not very consistent; they are invoked when they support the position preferred by the court, otherwise they are dismissed as irrelevant’. Of course, selection of sources emanating from a home jurisdiction can be manipulated as well, but the practice can be more readily detected and the principles of selection are more settled, if often difficult to apply. A second, distinct dimension of the methodological challenges presented by the use of foreign law in constitutional adjudication is inherent in the very activity of comparative law. First, and most obviously, there are threshold problems of obtaining access to foreign sources and being able to use and understand them, in terms both of language and the legal concepts used. But the central challenge of comparative method is to understand the legal experience of other jurisdictions in sufficient depth to be able to properly determine its relevance and to include it in the reasoning process. This is a complication that, by and large, is not present when a court relies on a variety of sources from within the home jurisdiction. Notoriously, it demands understanding of the relevant context from which a foreign comparative source derives, requiring consideration of political, social, economic, historical, or other cultural factors. Arguably the problem is exacerbated by the particular difficulty of acquiring contextual understanding of a constitution, which to a greater extent than other laws, is likely to be embedded in the life of its national community and may have evolved over an extended period of time” (Saunders, Cheryl, *op. cit.*, p. 67).

La aceptación del uso del elemento extranjero acaba dependiendo de aspectos pragmáticos y teóricos. Los primeros son los más evidentes, y pueden asociarse a las propias funciones del derecho comparado, en especial a aquellas que se proyectan sobre su utilización en la jurisdicción constitucional: el incremento de soluciones puestas a disposición del jurista y la asistencia en la interpretación del derecho nacional.

No obstante, estas razones pragmáticas no siguen una lógica muy clara, por lo que es difícil establecer la razón por la que un derecho extranjero pasa a influir más en un determinado ordenamiento, de forma que elimina o disminuye la influencia de otro elemento externo antes considerado. ¿Cómo explicar, por ejemplo, la migración gradual del derecho constitucional brasileño desde las fuentes originariamente americanas, pasando por el derecho constitucional político francés hasta llegar a un marco actual en el que constantemente se recurre al derecho constitucional alemán, de naturaleza más filosófica?

Estos cambios derivan de factores empíricos, que involucran a sujetos específicos, responsables de divulgar uno u otro ordenamiento, que además se refieren a circunstancias en las que se encuentran los ordenamientos que sirven de modelo, que pueden tener momentos de mayor o menor proyección internacional.

Las experiencias concretas indican, en la línea del argumento esgrimido por John Bell, que el desarrollo jurídico depende más de personas que de ideas, que ese desarrollo no implica la incorporación automática de instituciones extranjeras, sino la conformación de nuevos modelos normativos autóctonos inspirados en el modelo extranjero, y que la extensión de la influencia extranjera depende de la forma como se presentan sus modelos en el país receptor, así como del clima de apertura de la comunidad jurídica al nuevo modelo. En este escenario, gana importancia la figura de los juristas que promueven dicha interacción entre los ordenamientos, que por diferentes razones personales tienen contacto con una u otra novedad extranjera y disponen de recursos para introducirlas en las prácticas locales.⁴⁴

⁴⁴ “From these examples, we have seen that academics, legislators and users of the law do not confine their attention to national boundaries. Problems are not confined to those boundaries and are often neither texts nor principles... Academics often play more than one role. Academics across all of the jurisdictions often became law reformers, judges, and politicians... They do not just publish and hope that they will be noticed, but have the means of making their voices heard. Their later appointments put them in an excellent

Pero la actuación de estos juristas como vectores de la introducción de elementos extranjeros también depende de la reputación de los ordenamientos con los que tuvieron contacto, lo que deriva de su prestigio cultural —que es difícil de valorar— y de factores de relevancia, relacionados con los problemas específicos que se pretenden solucionar internamente. Por ejemplo, es natural que un país que está saliendo de una dictadura totalitaria busque elementos de otros países que ya tuvieron el mismo problema histórico e institucional, lo que justifica, por ejemplo, la influencia alemana en el desarrollo del derecho húngaro durante el periodo poscomunista. Por último, esta reputación dependerá también de la proximidad entre el sistema extranjero y el que recibe la influencia, siendo más fuerte el vínculo si pertenecen a la misma familia de derechos.⁴⁵

En cuanto a la cuestión de la proximidad, es importante señalar que no siempre es posible determinarla, y que la evaluación de estas conexiones dependerá de múltiples factores, en particular en el ámbito del derecho constitucional.⁴⁶ Roberto Scarciglia, por ejemplo, no acepta que se utilice el modelo de familias jurídicas —muy divulgado a partir de 1950 gracias a la obra de René David—⁴⁷ en el derecho constitucional, puesto que éstas se desarrollaron al amparo de un pensamiento privatista.⁴⁸

Ante estas circunstancias, el derecho constitucional comparado está abierto a nuevas referencias de proximidad entre sistemas jurídicos y, en consecuencia, entre sus jurisdicciones constitucionales. Desde esta perspectiva, se plantea el esquema propuesto por Bruce Ackerman, que reúne

position to implement the ideas they had developed in their academic careers". (Bell, John, *op. cit.*, pp. 448 y 449).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 451.

⁴⁶ Esto no significa que los criterios de proximidad no deban definirse con precisión, más bien lo contrario. Pues, como señala Mark Tushnet, los trabajos de derecho constitucional comparado son, con cierta frecuencia, "insuficientemente sensibles a las diferencias nacionales, que generan divergencias en los derechos constitucionales locales. O, dicho de otro modo, los académicos del derecho constitucional comparado tienden hacia una implícita, aunque insuficientemente defendida, preferencia por una aproximación universalista del estudio jurídico comparativo respecto de la particularista" (Tushnet, Mark, "Comparative Constitutional Law", en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *op. cit.*, p. 1256).

⁴⁷ David, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 2a. ed., trad. de Hermínio Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 1993, pp. 16 y ss.

⁴⁸ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 87.

dos modelos de Constitución que promueven tipos distintos de jurisdicción constitucional: las Constituciones que señalan nuevos comienzos, “marcos simbólicos de una gran transición en la vida política de una nación”, y las Constituciones federalistas, cuyo rasgo fundamental es “la existencia de múltiples centros de poder, en un constante proyecto de intensa coordinación”.⁴⁹ Estos tipos de Constitución generarían, respectivamente, formas redentoras y coordinadoras de jurisdicción constitucional.⁵⁰

De cualquier forma, tanto si se adopta la sistematización tradicional de las familias jurídicas —que, pese a las críticas, está bastante aceptada—⁵¹ como si se buscan nuevos criterios de reunión de distintas experiencias constitucionales, el hecho es que el requisito de la proximidad es fundamental para utilizar las técnicas del derecho constitucional comparado.⁵²

Por último, debe tratarse la cuestión de las justificaciones teóricas que dan valor por sí mismas a las fuentes extranjeras, para defender su influencia con independencia de que exista una relación directa con el ordenamiento nacional.

En este sentido, Jeremy Waldron expone dos argumentos a favor de utilizar las fuentes extranjeras como justificación de las decisiones de los tribunales nacionales: por un lado, el sistema extranjero ofrecería un ejemplo metodológico para resolver conflictos —en lo que de hecho no hay ninguna novedad respecto a las tradicionales funciones del derecho comparado—, y, por otro, promovería un ideal de justicia, de trato igualitario, lo que sí es novedoso con relación a lo que hasta ahora se ha analizado. En la búsqueda de este trato justo e igual, “los ciudadanos reclaman que los mismos principios generales de derecho deben conducir a los mismos resultados prácticos, pese a diferencias geográficas e institucionales”.⁵³

Con las reservas, orientaciones y fundamentos expuestos a lo largo de este apartado, el elemento extranjero se presenta mínimamente respaldado en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, puede evitar las críticas contra su uso y permite mejoras reales en los ordenamientos receptores.

⁴⁹ Ackerman, Bruce, *op. cit.*, p. 778.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 796.

⁵¹ Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, t. I, p. 104.

⁵² Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

⁵³ Waldron, Jeremy, “Foreign Law and the Modern *ius gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 129 y ss.

IV. EL ELEMENTO EXTRANJERO EN LA JURISDICCIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Una vez analizados los modelos teóricos y los debates más pragmáticos sobre la utilización del derecho comparado, tanto en líneas generales como de forma más específica en lo que respecta al derecho constitucional, ahora cabe comprobar cómo se refleja esta práctica en las actuales sentencias del Supremo Tribunal Federal⁵⁴ brasileño, en el ejercicio de su jurisdicción constitucional.

Para ello, a continuación se examinarán dos sentencias del Supremo Tribunal Federal brasileño, a fin de comprobar si las referencias a fuentes extranjeras que contienen pasan por la criba metodológica y legitimadora antes señalada. De esta forma, primero, se estudiará la sentencia de una acción directa de inconstitucionalidad (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*), ADI 3.510, cuyo ponente es el ministro Ayres Britto, publicada el 28 de mayo de 2010, en la que el tribunal analizó la constitucionalidad de la Ley de Bioseguridad, y, en segundo lugar, el recurso por incumplimiento de precepto fundamental (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*), ADPF (por sus siglas en portugués) 132, cuyo ponente es el ministro Ayres Britto, publicada el 14 de octubre de 2011, en el que el tribunal reconoció efectos jurídicos a las uniones civiles entre personas del mismo sexo.

Este análisis no persigue realizar una valoración individual de los argumentos o las razones expuestas en cada voto, sino tan sólo analizar el uso de los elementos extranjeros en la formación de la *ratio decidendi* de cada ministro, de modo objetivo e impersonal.

En la ADI 3.510, los primeros recursos a elementos extranjeros se manifestaron en el voto de la ministra Ellen Gracie, cuya argumentación parte de la referencia a la Human Fertilization and Embriology Act, dictada por el parlamento británico en 1990. En la manifestación en cuestión no hay una justificación técnica de la elección de ese título normativo ni

⁵⁴ El Supremo Tribunal Federal brasileño está integrado por once magistrados, que ostentan el título de ministro, designados por el presidente de la República, entre brasileños de nacimiento mayores de 35 y menores de 65 años, de notorio saber jurídico e impecable reputación. Las designaciones realizadas por el presidente se someten al análisis del Senado federal. Para un análisis resumido de la composición y funcionamiento del STF, véase Bastide Horbach, Carlos y Mathias de Souza García, Fernanda, “La giurisprudenza della Corte Suprema brasiliana nel biennio 2012-2013”, *Giurisprudenza Costituzionale*, año LIX, fascículo 5, 2014, pp. 4301-4343.

de las conexiones genéricas entre la experiencia de Reino Unido y la de Brasil. Respecto a las fuentes, el caso británico se analiza básicamente a partir de la obra de Letícia da Nóbrega Cesarino, titulada *Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*, que es una investigación en el campo de las ciencias sociales y la antropología, y no un texto jurídico.

A continuación, sobre el mismo asunto, el voto del ministro Menezes Direito es pródigo en referencias extranjeras. El examen comienza mencionando datos oficiales relativos al derecho inglés y australiano, sin señalar las semejanzas y diferencias que hacen que la comparación sea más o menos adecuada para asistir en la controversia que conoce el STF. Después, la argumentación analiza un informe de la Asamblea Nacional francesa, del que se destaca un fragmento específico del discurso de un único diputado, en el que se corroboran las razones esgrimidas en el voto del ministro. Cita, además, a partir de una página web, las normas de países que prohíben la investigación con células madre, como Alemania, Italia, Austria y Polonia, y resume sus disposiciones. También realiza una breve referencia a la Ley francesa 2004-800, sobre bioética. Teniendo como fuente la web del parlamento británico, el ministro Menezes Direito cita la referida ley en el voto de la ministra Ellen Gracie, para a continuación dedicar un párrafo a cada uno de los ordenamientos de Suecia, España, Portugal, Bélgica y Canadá. En un único párrafo, el voto menciona las reglas japonesas, chinas, surcoreanas y de Singapur. Y, por último, remata sus observaciones sobre experiencias extranjeras analizando los casos norteamericano —citando los ordenamientos de los diferentes Estados en un único párrafo— y australiano.

A su vez, el voto del ministro Ricardo Lewandowski contiene un apartado dedicado al tema de células embrionarias humanas en el derecho comparado. En él se mencionan la experiencia francesa (a través de un artículo de Brigitte Mintier, publicado en la obra colectiva *Células troncales humanas: aspectos científicos, éticos y jurídicos*, coordinada por el padre jesuita Julio Luis Martínez) y las experiencias holandesa, alemana y española, siempre a partir de artículos publicados en la referida obra colectiva. En el caso de Alemania, también se menciona el artículo de Erik Parens, sobre la política de investigación con células madre. Si bien el apartado específico del voto expone enseguida esas referencias, sin identificar un hilo conductor del análisis comparado y sin explicar por qué se han seleccionado

esos ordenamientos en concreto. En el apartado siguiente del voto, que trata de las limitaciones de las investigaciones, de nuevo se presentan datos de elementos normativos extranjeros, bien a través de artículos doctrinales, bien mencionando disposiciones legales.

A su vez, en su voto, el ministro Joaquim Barbosa analiza —con mayor o menor profundidad— normas de los ordenamientos inglés, francés, español, belga y suizo, siempre con base en los textos legales —que incluye de forma expresa en el texto o en notas a pie de página, algunas en su idioma original—, para concluir con lo siguiente:

En definitiva, estos son solo algunos ejemplos, tomados del derecho comparado, que demuestran la preocupación de los países europeos por la investigación con células madre embrionarias. Se ve que las legislaciones extranjeras tienen al menos tres puntos en común: el primero se refiere a la obligatoriedad de que los embriones se utilicen en investigaciones que busquen el bien común; el segundo, que se utilicen solo embriones sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro*, lo que, en otras palabras, significa que se prohíbe crear embriones para este fin; y, el tercero, que es necesario el consentimiento expreso de los progenitores.

En este orden de ideas, me parece que la legislación brasileña sigue los criterios mínimos que han exigido otros países que permiten la investigación con células madre embrionarias.

Aunque el voto no indique las razones por las que se han seleccionado esos ordenamientos ni los contextualice histórica y socialmente, en él existe una orientación clara de comparación, con la intención de extraer de ella pautas comunes que reflejen la esencia de una institución o la solución común a un problema que comparten distintos países.

El voto del ministro Marco Aurélio expone, en líneas bastante generales y basándose en fuentes de internet, información sobre el tratamiento normativo que se da a la materia en dieciocho países, que son: Sudáfrica, Alemania, Australia, China, Singapur, Corea del Sur, España, Estados Unidos, Francia, India, Israel, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Suiza y Turquía.

Por último, el entonces presidente del STF, el ministro Gilmar Mendes, empieza su voto con un análisis comparado, no del tema de fondo del debate de la ADI 3.510, sino del papel del STF como institución, comparándolo con la Corte Suprema de Estados Unidos y el Tribunal

Constitucional Federal alemán, para terminar diciendo, apoyándose en Robert Alexy, que “el parlamento representa al ciudadano políticamente, el tribunal constitucional argumentativamente”. Se trata, de hecho, de establecer relaciones entre instituciones que tienen peculiaridades muy propias, resultantes de contextos sociales, políticos, culturales y constitucionales radicalmente distintos.⁵⁵

En su voto, el ministro Gilmar Mendes reflexiona sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en materia de derechos fundamentales apoyándose en obras doctrinales y en la jurisprudencia alemanas, todas analizadas en sus versiones originales.

También en el tema específico de las células madre, el voto analizado se adentra en el campo de los elementos extranjeros. Cita la legislación —siempre de forma directa y en versión original— de Alemania, Australia, Francia, España —esta última la completa citando dos sentencias, probablemente del Tribunal Constitucional español, aunque en el voto no lo especifique— y México. Sin embargo, este análisis no pretende obtener referencias comunes que orienten la comprensión del tema en cuestión, sino que tan sólo describe los textos legales extranjeros.

En la segunda sentencia, la del recurso ADPF 132, las referencias al derecho extranjero comienzan en el voto del ministro Luiz Fux, que menciona dos obras de Ronald Dworkin, para afirmar que sus reflexiones sobre el derecho constitucional norteamericano son “perfectamente aplicables al derecho constitucional brasileño”. Sin embargo, el voto no explica cómo las reflexiones de los tribunales y los juristas norteamericanos sobre la XIV enmienda a la Constitución de 1787 —que impuso, en 1868, el deber de observar la cláusula del debido proceso legal que recae sobre los poderes estatales— se conjugan con disposiciones mucho más específicas

⁵⁵ Para comprender esas diferencias originarias —que tal vez sean obstáculos a una comparación—, basta volver sobre las consideraciones de Bruce Ackerman en *The Rise of World Constitutionalism*. ¿Será el STF, de hecho, un “tribunal redentor” relacionado con una Constitución que representa un “nuevo comienzo” o estará más unido al concepto de “tribunal de coordinación”, característica típica de un entorno normativo federal? Esta respuesta es fundamental para analizar la pertinencia de las referencias a la obra de Alexy a fin de fundamentar o legitimar la actuación del Supremo Tribunal brasileño. Para Ackerman, la autoridad del Tribunal Constitucional Federal alemán deriva de la autoridad simbólica de la Ley Fundamental de Bonn, como marco de superación del nazismo (Ackerman, Bruce, *op. cit.*, p. 779). ¿Se pueden incorporar sus técnicas, sin que el objeto de trabajo del STF sea un texto que goce de semejante estatus?

y detalladas, como las de la moderna Constitución brasileña. Tampoco se ocupa, en la línea de lo preconizado por los comparatistas, de caracterizar las diferencias o semejanzas entre los contextos sociales, culturales e institucionales en los que se aplican ambos ordenamientos jurídicos.

A continuación, el voto menciona una obra doctrinal española sobre la reforma del Código Civil español, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. Aquí la aportación del derecho extranjero se realiza a partir de la doctrina, que analiza una situación jurídica de reforma legislativa bastante distinta de la que se promovía en el proceso en curso, en el ámbito del Poder Judicial.

El siguiente elemento significativo de derecho extranjero que se desprende del proceso del ADPF 132 consta en el primer voto del ministro Gilmar Mendes (fls. 121 y siguientes de la sentencia), en el que se afirma que “la doctrina nacional no se ha ocupado, tal vez como debería, de una disposición de derecho comparado, cuya matriz quizás se halle en la Ley Fundamental de Bonn, que se refiere al derecho de cada persona a su propio desarrollo, *Selbst Entfaltung seiner Persönlichkeit*, es decir, al desarrollo de su personalidad”. Si bien no se examina de forma pormenorizada esta concepción originaria del derecho alemán ni se demuestra cómo se proyecta su aplicación en el derecho brasileño, cómo este derecho al desarrollo de la personalidad deriva de las normas de la Constitución de 1988.

Por último, el voto trae a colación una vez más la lección de Alexy, según la cual el Tribunal Constitucional representa al ciudadano argumentativamente.

En el segundo voto del ministro Gilmar Mendes que consta en la sentencia (fls. 144 y siguientes), se incluye un apartado específico sobre derecho comparado, basado casi de forma exclusiva en la obra *União homoafetiva. Direitos acessórios e novos direitos*, de Fábio Oliveira de Vargas, así como en dos páginas web, una de una asociación activista de la causa homosexual en Estados Unidos y otra sobre legislación alemana. Concluye este breve examen afirmando que

El análisis ejemplificativo del derecho extranjero, que he sintetizado aquí en tres casos, evidencia que el reconocimiento de la unión entre personas del mismo sexo es un tema complejo, que genera diversos debates y reflexiones en los países que lo hicieron. No solo antes de dictar la norma reguladora, que suele necesitar un plazo considerable de maduración, sino también tras su entrada en vigor.

La extensión de las leyes que la define y el establecimiento de algunas restricciones señalan que no se trata de un tema sencillo, sino de una materia sobre la que se debe meditar y debatir.

Este fragmento parece poner de manifiesto que, con el análisis de elementos extranjeros, se pretendió alcanzar uno de los objetivos del derecho comparado; es decir, identificar las diferencias para, una vez excluidas, poder ver la esencia del problema jurídico que hay que resolver, solucionar.

A su vez, el ministro Marco Aurélio comienza su voto citando el debate sobre la discriminación de la homosexualidad en Inglaterra; es decir, la abolición de las leyes penales que tipificaban como delito las conductas homosexuales, y destaca las conclusiones de Herbert L. A. Hart sobre las relaciones entre derecho, libertad y moralidad.

Por su parte, el ministro Celso de Mello introduce un elemento extranjero en su argumentación al destacar la importancia del “derecho a la búsqueda de la felicidad” para resolver la cuestión planteada en los autos. Extrae este principio de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de dos trabajos académicos norteamericanos. El voto cita varios fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos, que se apoyaron retóricamente en el postulado de la búsqueda de la felicidad, aunque sin definir con precisión los límites factuales o las tesis jurídicas que enfrenta.

El voto además cita que la “búsqueda de la felicidad” se introdujo en la regulación positiva de las Constituciones de Japón (1947), Francia (preámbulo del texto de 1958) y Reino de Bután (2008), países que, de hecho, tienen una forma de entender este derecho fundamental muy distinta entre sí y muy distinta también del modelo norteamericano y la concepción en Brasil.⁵⁶

⁵⁶ En este argumento concreto de la “búsqueda de la felicidad”, la diferencia fundamental que existe entre un análisis exclusivamente literal de los ordenamientos y el examen funcional, social e históricamente comprensivo, que debe orientar las comparaciones, queda patente. No se discute que Estados Unidos, Francia, Japón y Bután contienen en sus ordenamientos constitucionales el mencionado “derecho a la búsqueda de la felicidad”; este es el *law in the books*, el derecho vigente en estos cuatro países. Pero la pregunta fundamental de quien compara los derechos debería ser cómo ese enunciado normativo se proyecta sobre el tema objeto de análisis; es decir, sobre el reconocimiento jurídico de uniones entre personas del mismo sexo. En otras palabras, como el “derecho a la búsqueda de la felicidad” ampara a los homosexuales en estos cuatro ordenamientos, cómo esta garantía se presenta en forma de *law in action*, de “derecho vivo”. En el caso concreto, si el análisis

Terminado el breve estudio de estos dos importantes precedentes del STF, si se consideran los modelos fijados por el derecho comparado moderno, se puede afirmar que los elementos extranjeros, en general, se utilizan sin criterio metodológico.

Aunque la mayoría de los análisis tengan un fondo funcionalista, cuesta percibirlo. Sin embargo, no se preocupan demasiado por contextualizar los elementos extranjeros, no se justifican las razones que llevan a citar uno u otro ordenamiento extranjero —y se mezclan e intercalan de forma indistinta fuentes externas que gozan de mayor o menor autoridad—, no se señala que puedan producirse eventuales casos de *cross-fertilization* ni se busca estudiar el derecho vivo (*law in action*), sino principalmente el derecho vigente (*law in the books*), y la mayoría de las veces las citas son meros ejemplos, que no dejan de ser —utilizando palabras ya citadas de Scarciglia—⁵⁷ “partes ornamentales” de las sentencias.⁵⁸

literal permitió utilizar los ordenamientos norteamericano, francés, japonés y butanés para reforzar la fundamentación del voto del magistrado Celso de Mello, el examen funcional demostraría —como de hecho demuestra— que el “derecho a la búsqueda de la felicidad” en estos países no amparaba, en el momento de la sentencia, el reconocimiento jurídico de uniones entre personas del mismo sexo. En un primer momento, Estados Unidos, cuna de la afirmación de Thomas Jefferson sobre la “búsqueda de la felicidad”, tenía, en el momento en que se pronunció el STF, un panorama bastante complejo en relación con el tema. De los cincuenta y un estados americanos, veintinueve expresamente prohibían las uniones entre personas del mismo sexo en sus Constituciones, y nueve las prohibían mediante leyes locales. Además, desde 1996, había legislación federal (el *Defense of the Marriage Act-DOMA*), que prohibía a los órganos de la Unión reconocer uniones entre personas del mismo sexo; legislación que la Corte Suprema sólo revocó en 2013, en el caso Estados Unidos contra Windsor. En Francia, la legalización del matrimonio homosexual tan solo se produjo en abril de 2013, mucho después de la resolución del STF. En Japón, a su vez, el “derecho a la búsqueda de la felicidad” tampoco se aplica a las uniones entre personas del mismo sexo, que no se reconocen como jurídicamente válidas y no originan derechos. Por último, en el Reino del Bután, donde también se garantiza a todos el “derecho a la búsqueda de la felicidad”, el Código Penal de 2011 tipifica, en los artículos 213 y 214 el delito de “sexo no natural”, en el que se enmarcan las conductas homosexuales. Es decir, el derecho butanés criminaliza las uniones entre personas del mismo sexo, lo que está muy lejos de lo que propugna el voto comentado. Por tanto, la mención a dichos ordenamientos para reforzar la defensa del reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones entre personas del mismo sexo es, al menos, técnica y metodológicamente inadecuada.

⁵⁷ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, p. 94.

⁵⁸ Las conclusiones de Cheryl Saunders tras analizar las sentencias de la High Court australiana no difieren mucho, lo que puede indicar una tendencia de la que forma parte la práctica incipiente del STF en el uso del derecho comparado. La autora australiana indica que, en líneas generales, la High Court entiende los propósitos del uso del derecho

V. CONCLUSIONES

De todo lo analizado hasta este momento, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) El derecho constitucional brasileño tradicionalmente es permeable a las aportaciones del derecho extranjero, mediante la importación de instituciones y la apertura de la jurisdicción constitucional al método comparado.
- b) Este método comparado exige que el jurista domine una serie de técnicas y aplique unas precauciones concretas para tratar los ordenamientos que compara, en particular en lo que se refiere a la observancia de las funciones de las instituciones jurídicas, así como al contexto cultural, social, institucional e histórico en el que se desarrollaron y en el que se experimentan.
- c) En el ámbito específico de la jurisdicción constitucional, las críticas que normalmente se hacen al uso de elementos extranjeros de fundamentación se refieren más al modo de proceder que al empleo en sí, lo que refuerza la necesidad de utilizar de forma adecuada la metodología comparada en los procesos de decisión.
- d) La mayor o menor aceptación de una influencia extranjera depende de vectores personales —considerados aquí los juristas responsables de promover el uso del elemento exterior en el derecho interno—, vectores objetivos relacionados con la reputación del ordenamiento extranjero, así como de vectores teóricos, relacionados con la fundamentación filosófica última del intercambio de experiencias a través de la jurisdicción constitucional, bajo un postulado de igual trato de los ciudadanos de diferentes países, sometidos a principios generales similares.
- e) En este contexto, la experiencia del Supremo Tribunal Federal brasileño en la utilización del derecho comparado aún está por debajo

extranjero, aunque “it was less comfortable, however, with other demands of comparative law: deeper contextual analysis, where required, and examination of the rationale for the selection of particular foreign sources. It may be that in cases where foreign law is used extensively, a more explicit rationale for selection would be helpful, not only to expose to critical examination the criterion that is used and to identify inconsistencies in its application, in order to preclude misuse, but also to secure a more complete measure of the benefit of foreign experience” (Saunders, Cheryl, *op. cit.*, p. 74).

de los modelos teóricos de los modernos estudios y prácticas de derecho comparado. Con frecuencia, le falta un conocimiento más profundo de los ordenamientos extranjeros a los que alude en sus fundamentaciones, no realiza ejercicios de comprensión amplia de dichos ordenamientos y, por último, raramente se adentra en el campo de la comparación propiamente dicha.

Estos puntos ponen de manifiesto la necesidad de revisar en profundidad la forma como el STF desarrolla sus argumentos de derecho comparado, a fin de introducir una metodología que permita a los miembros del tribunal identificar aquellos ordenamientos que por su cercanía con el brasileño admiten comparación, así como las fuentes de dichos ordenamientos que la corte debe analizar, en particular, las de derecho vivo (*law in action*) y los presupuestos teóricos comunes, que hacen que el uso de dichas referencias sea útil y legítimo.

Solo así el tribunal supremo brasileño podrá cumplir una vocación que está en su génesis y que le proporciona una característica enriquecedora, que no es otra que su apertura natural al diálogo jurídico internacional, mediante el derecho comparado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997.
- ANCEL, Marc, *Utilidade e método do direito comparado*, trad. de Sérgio Porto, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.
- BASTIDE HORBACH, Carlos, “O parlamentarismo no Império do Brasil (II). Representação e democracia”, *Revista de Informação Legislativa*, año 44, núm. 174, abril/junio de 2007.
_____, *Ministro Pedro Lessa – Memória Jurisprudencial*, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2007.
- _____, y MATHIAS DE SOUZA GARCIA, Fernanda, “La giurisprudenza della Corte Suprema brasiliana nel biennio 2012-2013”, *Giurisprudenza Costituzionale*, anno LIX, fasc. 5, 2014.
- BELL, John, “The Relevance of Foreign Examples to Legal Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2011.

- DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 2a. ed., trad. de Hermínio Carvalho, São Paulo, Martins Fontes, 1993.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, París, Editions du Seuil, 2004.
- JACKSON, Vicki C., “Progressive Constitutionalism and Transnational Legal Discourse”, en BALKIN, Jack M. y SIEGEL, Reva B. (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- LAW, David S. y VERSTEEG, Mila, “The Declining Influence of the United States Constitution”, *New York University Law Review*, vol. 87, núm. 3, junio de 2012.
- LESSA, Pedro, *Do Poder Judiciário*, ed. facsimilar, Brasília, Senado Federal, 2003.
- DE LIMA LOPES, José Reinaldo, *O Oráculo de Delfos. O Conselho de Estado no Brasil-Império*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- MICHAELS, Ralf, “The Functional Method of Comparative Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- MIRANDA, Jorge, “Sobre o direito constitucional comparado”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 55, abr.-jun. de 2006.
- _____, *Manual de direito constitucional*, 4a. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, t. I.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, “L’histoire constitutionnelle comparée”, *Annales de l’Institut de Droit Comparée de la Université de Paris*, París, 1936.
- SAUNDERS, Cheryl, “The Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Winter 2006, vol. 13 núm. 1.
- SCARCIGLIA, Roberto, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Juan José Ruiz, Madrid, Dykinson, 2011.
- TOOBIN, Jeffrey, *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*, New York, Anchor Books, Kindle edition, 2008.
- TUSHNET, Mark, “Comparative Constitutional Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- _____, “The ‘Constitution Restoration Act’ and judicial independence: some observations”, *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, núm. 4, 2006.
- WALDRON, Jeremy, “Foreign Law and the Modern *ius gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005.

- WATT, Horatia Muir, “Globalization and Comparative Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., trad. de Tony Weir, Oxford, Clarendon, 2011.