

Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos

Pablo Benjumea Gutiérrez*

Resumen

En los últimos años ha emergido un intenso debate dentro del ámbito jurídico de los Estados Unidos. La Corte Suprema de esta nación, una de las instituciones jurídicas más respetadas del planeta, ha empleado fuentes extranjeras para tomar algunas de las decisiones más controvertidas y públicas de su historia reciente, práctica que ha enfrentado a quienes aprueban y a quienes condenan dicho método de interpretación constitucional.

Las críticas intensas e inclementes – principalmente de parte de los conservadores – no se han hecho esperar, cuestionando el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia por diversos motivos. Sin embargo, tras un estudio de las sentencias mismas, así como de la historia de la Corte Suprema, y de la tradición legal y jurisprudencial de los Estados Unidos, es necesario concluir que dichos ataques son, por lo menos, exagerados. Este artículo sostiene la tesis de que las críticas en contra del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos carecen de verdadero rigor, y que no existen motivos en la actualidad para rechazar la práctica.

Palabras clave. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Jurisprudencia extranjera. Originalismo. Excepcionalismo norteamericano. Discreción judicial.

* Abogado de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Quisiera agradecer al profesor Esteban Hoyos Ceballos por sugerir la importancia de este tema y por acompañarme con paciencia en su entendimiento.

Introducción

No cabe duda de que la Constitución es el documento jurídico y político fundamental de un Estado. De ella se deriva la validez de todas las demás normas y es el norte hacia el cual debe tender el país en su búsqueda de la prosperidad. La Constitución sienta las bases de un Estado-Nación y tiene funciones de diversa índole, a veces contradictorias. Por un lado, la Constitución faculta al Estado para realizar infinidad de actuaciones, pero por otro, lo limita de llevar a cabo ciertos actos. Y, al mismo tiempo, la Constitución sirve para facilitar los procesos democráticos; es expresión de los valores y criterios básicos de una nación; evidencia los acuerdos y compromisos de un pueblo en un momento histórico determinado; y, aun, ubica al Estado en un lugar concreto dentro de la comunidad internacional, otorgándole cierta identidad.¹

Por estas labores, pero sobre todo por la preeminencia de la Constitución en los Estados modernos, es natural hoy en día aceptar la revisión judicial en materia constitucional. Ello, sin embargo, no siempre fue así. Antes de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos era uno de los pocos países que permitía a un tribunal cotejar la constitucionalidad de otras normas frente a su Carta Magna.² El Reino Unido – parte de la tradición jurídica del *common law* – se unía a Francia, España, Alemania y otros Estados del *civil law* en proscribir la revisión de sus normas a la luz de una norma superior y fundacional, considerando que ello iba en contra de la supremacía parlamentaria y que era antidemocrático. Pero todo esto cambió con la caída del nazismo. Después del fin de la guerra, los países de todo el mundo vieron la utilidad (y la necesidad) de proteger a sus pueblos de gobiernos autoritarios y mayorías descontroladas. Con esto en mente, hubo una rápida proliferación de tribunales constitucionales alrededor del planeta, que asumieron la importante tarea de velar por la constitucionalidad de las normas emitidas dentro del Estado. Así, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (CSJ) pasó de ser uno de los pocos tribunales constitucionales del mundo a ser uno más en el vecindario. La nueva compañía generó, de manera simultánea, oportunidades de aprendizaje y motivos de alarma.³

Para una corte como la estadounidense, con el rótulo de ser el tribunal constitucional más antiguo del mundo y considerado aún el más respetado y con la más alta legitimidad,⁴ el nacimiento de estos nuevos tribunales significó una fuerte y

1. Vicki C. Jackson, "The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 123-124.

2. Argentina y Colombia también hacían parte de este selecto grupo de Estados.

3. Ruth Bader Ginsburg, Magistrada, Corte Suprema de los Estados Unidos, "A decent Respect to the Opinions of [Human]kind: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication", Discurso ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, *Página web Supreme Court of the United States*, [en línea], 7 de febrero de 2006, disponible en: http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_02-07b-06.html, consulta: 13 de agosto de 2010.

4. Adam Liptak, "American Exception: U.S. Court Is Now Guiding Fewer Nations", *New York Times* (17 de septiembre de 2008), [en línea], disponible en: <http://www.nytimes.com/2008/09/18/us/18legal.html>, consulta: 14 de abril de 2010.

permanente referencia a sus decisiones. Puesto que las cortes seminales de otras naciones tenían un buen ejemplo a seguir, las referencias a la jurisprudencia de la CSJ fueron frecuentes.⁵ En la actualidad, empero, esa deferencia ha disminuido.⁶ En los últimos años, las cortes constitucionales del mundo entero han dejado de usar las decisiones de la CSJ como su fuente primaria de jurisprudencia extranjera, atendiendo, en cambio, a países como Canadá. El vecino del norte, a su vez, ha menguado su uso de la jurisprudencia estadounidense, en un ejemplo claro de la tendencia mundial.⁷

Pero más allá de quién sea el líder global en términos de generar que otras jurisdicciones⁸ defieran a sus decisiones (pues no se trata aquí de una especie, algo absurda, de competencia judicial), el punto es que la referencia por parte de una corte a las decisiones de otra corte es una práctica bastante común. Más aun, es un ejercicio ordinario y aceptado por la mayoría de los jueces. En los Estados Unidos, por ejemplo, las altas cortes de los estados se basan permanentemente en la jurisprudencia de otros estados para interpretar sus propias constituciones estatales. Ello no es visto como controvertido, sino como parte natural de la revisión judicial en materia constitucional. Y en cuanto a los Estados-Nación, la situación no resulta distinta. Países como Colombia, Irlanda, Alemania, Sudáfrica, Canadá, Australia, Israel y el Reino Unido hacen uso permanente de la jurisprudencia de otras cortes, empleando estas fuentes para interpretar su Constitución nacional.⁹ Ninguno de estos Estados considera el asunto un sacrilegio, sino más bien una práctica útil y rutinaria.

5. Para una tesis acerca de por qué los Estados jóvenes tienen a citar más las decisiones de otros Estados que los viejos, ver Eric A. Posner, Cass R. Sunstein, "The Law of Other States", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2006, pp. 173-174.

6. La disminución del uso de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se debe, irónicamente, a su falta de interés en citar a los demás. Al parecer, a las cortes europeas no les sienta muy bien la idea de que ellas citen a la Corte Suprema mientras ésta se olvida de tener en cuenta sus opiniones. Su respuesta ha sido, "¿Por qué debemos nosotros usar sus decisiones, cuando ustedes no usan las nuestras?" Jeffrey Toobin, "Swing Shift: How Anthony Kennedy's Passion for Foreign Law Could Change the Supreme Court", *The New Yorker*, 12 de septiembre de 2005, [en línea], disponible en: http://www.newyorker.com/archive/2005/09/12/050912fa_fact, consulta: 2 de febrero de 2010. Como sentencia lúcidamente Gerald L. Neuman, "[l]os magistrados que declaran al mundo irrelevante para nuestra Constitución, hacen que nuestra Constitución parezca irrelevante para el mundo". Gerald L. Neuman, "The Uses of International Law in Constitutional Interpretation", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 87.

7. A. Liptak, *Op. cit.*, pp. 1, 5.

8. "En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial". Ver sobre esto Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*, 12ª ed., Medellín, Dík, 1987, Tomo I, p. 77. La jurisdicción es una empresa y no un territorio. Sin embargo, la acepción empleada a lo largo de este escrito será la cuarta propuesta por el diccionario de la Real Academia Española: territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. Diccionario de la Real Academia de la Lengua, s.v. "jurisdicción", *Página web Real Academia de la Lengua*, [en línea], disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>, consulta: 22 de septiembre de 2010.

9. E. Posner, C. Sunstein, *Op. cit.*, pp. 133-135.

En los Estados Unidos, por el contrario, el uso de fuentes extranjeras¹⁰ por parte de la CSJ ha despertado una enorme polémica y ello se debe, principalmente, a tres sentencias recientes de gran trascendencia. La primera de estas decisiones fue *Atkins v. Virginia*¹¹, sentencia en la cual la CSJ consideró que imponer la pena capital a personas con retraso mental era inconstitucional. Luego, en *Lawrence v. Texas*¹², la Corte decidió declarar inexecutable una norma del estado de Texas que prohibía las relaciones sexuales consentidas entre homosexuales. Finalmente, en *Roper v. Simmons*¹³, la Corte decidió que la imposición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad – antes de cumplir los dieciocho años – violaba la Constitución. En los tres casos, la Corte se valió de normas extranjeras para defender su posición, suscitando una de las discusiones más ricas en el campo del derecho constitucional estadounidense de los últimos años.

De acuerdo con la novena edición del Black's Law Dictionary (uno de los diccionarios jurídicos más respetados y consultados de los Estados Unidos), la *ratio decidendi* es “[I] a razón para decidir; el principio o regla jurídica sobre el que se fundamenta la decisión de una corte”.¹⁴ *Obiter dictum*, en cambio, es “[a]lgo que se dice de paso; un comentario judicial hecho mientras se emite una opinión judicial, pero uno que es innecesario para la decisión del caso y, por lo tanto, no configura precedente (aunque se puede considerar persuasivo)”.¹⁵ Teniendo en cuenta ambos conceptos, el peso otorgado por la Corte Suprema de los Estados Unidos a las fuentes extranjeras en las tres sentencias comentadas es difícil de definir: no fueron *la* razón (o, al menos, no la única) para la decisión (puesto que en los tres casos se consideraron numerosas otras fuentes que llevaron finalmente al fallo),¹⁶ pero tampoco fueron simplemente comentarios innecesarios hechos de paso (puesto que de la lectura de los argumentos resulta manifiesto que las fuentes extranjeras

10. El derecho internacional es diferente del derecho extranjero. El derecho internacional es el derecho que los Estados crean para regular las relaciones entre ellos. El derecho extranjero, según el uso en la literatura, es el derecho interno de Estados extranjeros. *Ibid.*, p.165. Sin embargo, dado que para los propósitos de este artículo no existe una diferencia significativa entre ambos, el adjetivo *extranjero* tendrá ambas acepciones. Además, si bien el término *fuentes extranjeras* se refiere a todo tipo de normas jurídicas, en este caso se limitará concretamente a la jurisprudencia (i.e., las decisiones de los tribunales constitucionales de los Estados y de las entidades supranacionales), puesto que éstas han sido las normas usadas por la Corte Suprema en los casos estudiados.

11. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, (2002).

12. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, (2003).

13. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, (2005).

14. Black's Law Dictionary, ed. novena, (2009), s.v. “ratio decidendi”.

15. *Ibid.*, s.v. “obiter dictum”.

16. En *Roper v. Simmons*, por ejemplo, la Corte consideró las prácticas de los cincuenta estados respecto de la imposición de la pena de muerte a menores de edad; después consideró la responsabilidad moral de los menores, notando la capacidad menguada de los jóvenes para controlar sus impulsos y para resistirse a las malas influencias, además del carácter aún en formación debido a la edad, para concluir que la culpabilidad de un menor no era “extrema”; posteriormente, la Corte consideró las edades mínimas para contraer matrimonio, votar y ser jurado en los cincuenta estados, decidiendo que dieciocho (18) era la edad apropiada para la madurez legal. *Roper v. Simmons*, *Op. cit.*

influyeron en el sentido del fallo). Sin embargo, no es exacto sostener que la *ratio decidendi* de una sentencia judicial sea una sola razón, hecho o argumento. En el caso de un acusado de homicidio, por ejemplo, podría ocurrir lo siguiente: si el ente acusador cuenta con un arma de fuego que tiene las huellas del acusado, y además encuentra un cuerpo con dos balas que (la ciencia forense logra demostrar) fueron disparadas del arma mencionada, la condena se fundamentará en dos hechos o razones. El arma por sí sola no logra probar que el acusado asesinó a la víctima, puesto que sus huellas pudieron ser el resultado de limpiar o mover la pistola. Las balas provenientes del arma dentro del cuerpo tampoco son suficientes para determinar que el acusado cometió el homicidio, porque alguien más pudo haber disparado. Juntas se convierten en una prueba contundente. Algo semejante ocurre en el caso de las fuentes extranjeras: es palmario, tras la lectura de las sentencias, que ellas influyeron en el resultado final de la decisión de la Corte. No fueron la única razón, es claro, pero difícilmente algo es la causa exclusiva de un resultado. Lo que sucedió (como ocurre en cualquier proceso complejo de juicio) fue que la Corte evaluó diversas normas, prácticas y pruebas, para finalmente tomar una decisión que reflejara el valor de todas ellas en la situación concreta. ¿Si se hubiese obviado todo lo demás – y sólo restasen las fuentes extranjeras – hubiese ello sido suficiente para llegar a la misma conclusión? Creer que una respuesta afirmativa a esta pregunta define el concepto de *ratio decidendi* es falaz. Por supuesto que las fuentes extranjeras por sí solas no hubieran persuadido a la Corte; pero sin ellas, quizá los magistrados no hubieran tomado la misma decisión. Esta fuerza – una fuerza confirmatoria, convincente, coadyuvante¹⁷ – fue la que tuvieron las fuentes extranjeras en *Atkins*, *Lawrence* y *Roper*.

Por otro lado, el grado con que se usaron las fuentes extranjeras en las tres sentencias fue en aumento: mientras en *Atkins* el magistrado John Paul Stevens apenas incluyó una

17. En este sentido, para empezar, estamos en desacuerdo con la apreciación del profesor Carlos F. Rosenkrantz acerca de que las fuentes extranjeras deben ser simplemente los andamios donde los jueces se apoyan para "(...) expandir sus propias habilidades constructivas, pero que nunca son componentes del trabajo final ni tampoco determinan la forma de lo que se construye" (Carlos F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, octubre 2005, p. 95). Para conservar la línea de la analogía, cabría equiparar las fuentes extranjeras, más bien, a los ladrillos de una construcción: la sentencia, como obra terminada, está compuesta de muchísimas piezas (e.g., la literalidad de las normas, la intención, el precedente, la historia, la estructura, los valores, las consecuencias), dentro de las cuales las fuentes extranjeras representan solamente unos de esos ladrillos, y no soportan – por sí solas – todo el peso de la decisión. No resulta convincente, pues, su conclusión de que "(...) una sentencia que se refiera y apoye sus decisiones en el derecho [extranjero], tendrá la misma fortaleza – o debilidad – que su referencia (...)" (Carlos F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, núm. 1, septiembre 2007, pp. 212). Lo anterior sólo sería cierto si se usan las fuentes extranjeras como única fundamentación para una decisión y, además, no se presenta argumentación alguna en favor de su razonamiento, pero esto no es lo que ocurre normalmente (ni lo que se recomienda deba ocurrir), por lo cual la comparación es inexacta. Como en el caso de una edificación, toda la fortaleza o debilidad de la misma no radica en la fortaleza o debilidad de un sólo ladrillo, sino en su conjunto. Así pues, en la fortaleza o debilidad de las fuentes extranjeras no radica toda la fortaleza o debilidad de una decisión, pues ellas son tan sólo parte de la construcción jurídica final y, en consecuencia, llevarán sólo parte de la carga.

referencia a fuentes extranjeras en una nota al pie,¹⁸ en *Lawrence* se dedicó un espacio mayor a las normas externas, y finalmente, en *Roper* la Corte consideró in extenso las decisiones foráneas.¹⁹ Tanto el peso de las fuentes externas en la jurisprudencia, como su aumento paulatino en los tres casos polémicos referidos, han generado un debate intenso en la profesión legal estadounidense.

Dentro de esta batalla de ideas jurídicas, algunos han optado por defender un modelo de *resistencia*²⁰, según el cual el derecho constitucional comparado no tiene nada para aportar a la interpretación de la Constitución estadounidense y, en este sentido, debe ser descartado de plano. A esta posición se opone el modelo de *convergencia*²¹, adoptado por ciertas naciones con constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, como Argentina²², India, España²³ y Sudáfrica²⁴, que han incorporado de manera expresa normas de derecho extranjero en sus constituciones. Pero este segundo modelo no parece ser apto para los Estados Unidos, pues su claro *monismo* en el campo del derecho internacional lo aleja de una vinculación tan directa con normas extranjeras. El *dualismo*, en cambio – distinguiendo nítidamente entre las esferas interna e internacional, y considerando que la segunda sólo afecta a la primera por causa de una acción expresa de los actores internos –, es más del tenor de los norteamericanos.²⁵ Para el derecho de los Estados Unidos, los tratados internacionales tienen una jerarquía exactamente igual a la de una ley ordinaria y, como tal, no deben considerarse superiores (o siquiera a la par) de la Constitución.²⁶ En el constitucionalismo estadounidense no existe la concepción de que algunos tratados cuentan con rango constitucional; todos se consideran sub-constitucionales. Por este motivo, la interpretación de la Constitución no está atada, de manera jerárquica, a las prescripciones de dichos tratados.²⁷ Como debe parecer obvio, la fuerza de las normas internas de otros Estados dentro de los Estados Unidos es incluso menor. Simplemente se consideran normas extranjeras, sin ninguna fuerza vinculante más allá de las razones o sensatez de sus disposiciones. Así, es claro que el modelo de convergencia no parece

18. "Así mismo, dentro de la comunidad mundial, la imposición de la pena de muerte para delitos cometidos por personas con retrasos mentales es rechazada abrumadoramente". El magistrado Stevens citó, con esta frase, un documento coadyuvante (*amicus curiae*) de la Unión Europea. *Atkins v. Virginia*, *Op. cit.*

19. En *Roper*, como señala un autor, las fuentes extranjeras fueron protagonistas: ocupan un numeral completo de la opinión de la Corte, y alrededor de veinte por ciento de las páginas. Eugene Kontorovich, *Disrespecting the "Opinions of Mankind": International Law in Constitutional Interpretation*, p. 261, (The Law School of The University of Chicago, Public Law and Theory Working Paper N° 96 2005).

20. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 113-114.

21. *Ibid.*, pp. 112-113.

22. Constitución de la Nación Argentina, 22 de agosto de 1994, capítulo cuarto, artículo 75, numeral 12.

23. R. Ginsburg, *Op. cit.*

24. Constitución de la República de Sudáfrica, Ley 108 de 1996, sección 39-1.

25. Para una explicación detallada de las diferencias entre monismo y dualismo, ver Tom Ginsburg, Svitlana Chernykh, Zachary Elkins, "Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law", *University of Illinois Law Review*, vol. 2008, 2008, pp. 204-206.

26. Roger P. Alford, "Misusing International Sources To Interpret the Constitution", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 61-64.

27. *Ibid.*, pp. 61-64.

ni conveniente ni posible como oposición al de resistencia. La defensa del uso de fuentes extranjeras sería insostenible desde este esquema.

Así pues, el uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ al interpretar la Constitución no tiene una clara justificación normativa; no puede decirse que la Corte está siguiendo los preceptos del propio texto constitucional al hacerlo, como ocurre en el caso de Argentina, de Colombia, o de Sudáfrica, y que, por ello, es su deber. Pero tampoco es correcto decir que la Corte no puede atender a las decisiones u opiniones de otras jurisdicciones, si ella lo considera pertinente. En lo que respecta a considerar fuentes extranjeras en su jurisprudencia, ni el Ejecutivo ni el Legislativo tienen injerencia alguna: las ramas políticas del Estado no pueden forzar a la Corte a considerar fuentes extranjeras en sus decisiones, pero tampoco pueden prohibirle que lo haga.²⁸ En este sentido, la justificación del uso de fuentes foráneas en los fallos de la Corte se encuentra en otra dirección; ella radica allí, junto a la justificación de cualquier fuente de información en cualquiera de las áreas del conocimiento humano. Su importancia y validez se basa en que pueden arrojar nuevas luces sobre un problema común que han discutido y resuelto (de una forma acertada o errónea) otros jueces en otras jurisdicciones, enfrentando, si bien es claro con matices particulares, las mismas cuestiones fácticas y jurídicas. La razón para atender a lo que tengan para decir las decisiones de otras jurisdicciones es básica: aprender de los demás. Y este aprendizaje no implica una adopción del modelo de convergencia. Pero tampoco la negación rotunda que caracteriza el modelo de resistencia. Se trata, más bien, de un tercer modelo, el de *engranaje*²⁹, según el cual se puede atender a lo que otros dicen y piensan sin someterse por completo a sus designios; se pueden escuchar razones para luego aceptar las que tengan sentido y desechar las demás; se puede, en una frase, ser humilde, para reconocer que otras personas pueden tener algo importante que decir acerca de mi propio problema.

Uno puede estar o no de acuerdo con esta justificación para el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la CSJ, pero la realidad demuestra que un cúmulo notable de juristas no lo está, y de allí surgen las críticas que se examinarán en este artículo. A grandes rasgos, los conservadores³⁰ se oponen a la práctica, mientras los liberales³¹ la

28. G. Neuman, *Op. cit.*, pp. 88, 90.

29. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 114-115.

30. Aunque la caracterización es compleja y merece un esquema más riguroso, un conservador en los Estados Unidos se distingue, grosso modo, por apoyar al Partido Republicano, defender los valores cristianos, rechazar la intervención exagerada del Gobierno en la vida de los ciudadanos y defender la libertad económica. El apoyo a la pena de muerte y al derecho a tener y usar armas, junto con el rechazo al aborto, son algunas de sus posiciones centrales. En la historia de los Estados Unidos, presidentes como Abraham Lincoln, Theodore Roosevelt, Richard M. Nixon, Ronald Reagan y tanto Bush padre como hijo han enarbolado las banderas del Partido Republicano. Actualmente, el cada vez más poderoso *Tea Party* también defiende la causa conservadora.

31. Un liberal en los Estados Unidos, por su parte, se distingue por apoyar al Partido Demócrata, defender los derechos humanos, defender la intervención estatal en la vida diaria y defender el aumento de impuestos y del gasto. El rechazo a la pena de muerte y a la relación entre el Estado y la Iglesia, junto con el apoyo al aborto, son algunas de sus posiciones centrales. En la historia de los Estados Unidos, presidentes como Franklin D. Roosevelt, John F. Kennedy, James Carter, William J. Clinton y el ahora Presidente Barack Obama han sido elegidos en nombre el Partido Demócrata.

apoyan.³² Y esta polarización, tan común en la cultura de los Estados Unidos, también impera al interior de la Corte, donde algunos magistrados hacen parte del ala conservadora, mientras otros son tildados de ultra liberales. Para entender un aspecto básico del funcionamiento del alto tribunal norteamericano, es necesario saber que la institución está compuesta por nueve (9) magistrados que tienen cargos vitalicios y son nominados por el Presidente y luego confirmados por el Senado de los Estados Unidos. Actualmente, cuatro de estos magistrados representan el pensamiento conservador de la Corte, y, como consecuencia, se oponen enfáticamente al uso de fuentes extranjeras en las decisiones de la CSJ. Ellos son el Presidente de la Corte, John G. Roberts Jr. y los magistrados Antonin Scalia, Samuel A. Alito Jr. y Clarence Thomas. Por el lado de los liberales se encuentran los magistrados Stephen G. Breyer, Ruth Bader Ginsburg y las recién llegadas Sonia Sotomayor (la primera magistrada de origen latino en la Corte) – quien reemplazó al magistrado David H. Souter en 2009 – y Elena Kagan (nombrada apenas a mediados de 2010 para reemplazar al retirado John Paul Stevens, también liberal). Estos últimos apoyan el uso de fuentes foráneas en las sentencias de la Corte. El noveno magistrado, Anthony M. Kennedy, es considerado el voto decisivo o “swing vote” de la Corte, pues no se ubica permanentemente con el ala conservadora ni con el ala liberal, y se ha dicho que mientras los otros ocho tienen posiciones determinadas que resultan generalmente en empates (cuatro contra cuatro), Kennedy, con su voto, es quien dice qué es el derecho en los Estados Unidos.³³

La polémica que se ha desatado con las mencionadas sentencias en los últimos años ha sido tanta, que inclusive los propios magistrados han sido blanco de los ataques e improperios por parte de conservadores que critican la práctica. El propio Kennedy – quien votó a favor de la mayoría en las tres sentencias, ubicándose, en estos casos, con los liberales – fue catalogado como “el hombre más peligroso de los Estados Unidos” por el fundador del influyente grupo conservador Focus on the Family.³⁴ De forma similar, las magistradas Sandra Day O’Connor (ya retirada) y Ruth Bader Ginsburg fueron amenazadas de muerte a través de una página de Internet por su apoyo a las fuentes extranjeras como ayuda en las decisiones de la CSJ.³⁵ Y el Congreso de los Estados Unidos no se ha quedado mudo frente a este asunto: el Partido Republicano, descontento con la tendencia, ha intentado promulgar varias leyes que prohíben el uso de fuentes extranjeras en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, aunque sin éxito. Los senadores y representantes han visto el uso de normas externas a su país como una grave vulneración y creen que lo mejor es oponerse a ella con precisas prohibiciones.³⁶ Y es que resulta normal que las

32. Daniel A. Farber, *The Supreme Court, the Law of Nations and Citations of Foreign Law: The Lessons of History*, p. 4, (UC Berkeley, Public Law Research Paper 954359, 2006).

33. Supreme Court of the United States, “Biographies of Current Justices of the Supreme Court”, *Página web Supreme Court of the United States*, [en línea], disponible en: <http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>, consulta: 25 de agosto de 2010.

34. J. Toobin, *Op. cit.*

35. R. Ginsburg, *Op. cit.*

36. *Ibid.*; D. Farber, *Op. cit.*, p. 7.

ramas políticas tengan opiniones claras y que quieran promover sus propios intereses (los cuales, en el caso del Partido Republicano, están de lado de la eliminación del recurso a fuentes extranjeras). Pero aun el propio Presidente de la Corte, el Magistrado John. G. Roberts Jr., ha sido contundente en su posición: durante las audiencias de confirmación de los magistrados que se celebran en el Senado, el entonces juez Roberts dijo que no estaba de acuerdo con el uso de fuentes de otros países en las decisiones de la Corte, y que creía que había razones importantes por las que dicha práctica era errónea y le generaba preocupación.³⁷

La tesis que se sostendrá en este escrito, sin embargo, es que estas críticas – no sólo las expuestas por el ahora Presidente de la CSJ, sino las principales críticas que se esbozan en contra de la práctica de usar fuentes extranjeras en decisiones de la Corte – son exageradas y carecen de un fundamento sólido. Las críticas fallan en varios aspectos y, aunque atacan la práctica desde diversos frentes, todas ellas tienen algún defecto importante que las torna poco relevantes. Parecen ser, más que comentarios agudos acerca de defectos en el uso de fuentes externas, quejas inanes sobre un modo de proceder en la jurisprudencia que parece ser útil. Pero el punto principal de este ensayo no es tanto una justificación directa de la práctica (un estudio profundo sobre sus méritos sobrepasa el alcance de este artículo). La justificación, si es que ella existe, sería indirecta y tangencial, en el sentido de que se basa en que las críticas que se esgrimen no tienen peso y se haría bien en descartarlas. A este respecto, parece prudente rescatar las palabras de un eximio pensador, cuya apreciación cabe perfectamente aquí:

El tema (...) representa para mí un desafío. Es un desafío a la inteligencia y a la imaginación que yo acepto gustoso aunque con cierta angustia, porque me considero inferior a la tarea y porque la formulación del tema se presta a hacer algunos comentarios. Mi discurso, lo advierto, no es una propuesta, o lo es de forma muy débil. Nada más lejano de mi mentalidad que hacer propuestas. Os ruego por tanto que os contentéis con un análisis de los términos del problema, que pretende no tanto proponer soluciones, como aportar, si es posible, cierta claridad.³⁸

Claro, para poder hacer esto, es necesario, primero, considerar las críticas que existen en la materia y analizar su composición. La tarea, si se permite la analogía, sería una burda forma de tomar las críticas de cerca y ver si son sólidas o porosas, fuertes o débiles, si resisten los embates del mal tiempo, como se haría con cualquier material en un estudio físico. En este orden de ideas, la segunda sección del artículo, que es, a su

37. John G. Roberts Jr., *Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 200*, citado en: Mark Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law", *Minnesota Law Review*, vol. 90, 2006, pp. 1275-1276.

38. Norberto Bobbio, *El tercero ausente* (traducción de Pepa Linares, título original *Il terzo assente*), Madrid, Cátedra, 1997, p. 201.

vez, el centro del escrito, discute las cuatro (4) críticas principales lanzadas hacia el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la CSJ. Y, es importante aclarar desde la partida, la agrupación de estas críticas en estos cuatro apartados es personal. Si bien no es completamente arbitraria en el sentido de carecer de cierta razón, tampoco se trata de una clasificación ortodoxa, que se adecue a los parámetros y las categorías de la academia. Ello es así, precisamente, porque en este tema los parámetros no están bien definidos y se vuelve forzoso realizar clasificaciones y divisiones propias, de acuerdo con criterios particulares. La idea, de nuevo, es hacer un recuento ordenado de las variopintas imprecaciones que hay en la materia, pero no se debe perder de vista que el recuento obedece a gustos y asociaciones propias del autor y que éste puede no ser pacíficamente aceptado por otros. Un problema (si es que puede llamarse así) similar ocurrirá con las traducciones del inglés y las interpretaciones del material estudiado para la realización del artículo. En fin, puesto que se trata de un objeto de estudio realmente novedoso tanto en Argentina como en Colombia, es evidente que ha sido inexorable tomar muchas decisiones que no tienen más fundamento que el criterio, correcto o incorrecto, del autor. Asimismo, los lectores argentinos sabrán perdonar el influjo colombiano que corre por el texto (sobre todo reflejado en aquellas expresiones que seguramente resultarán ajenas a la usanza argentina), el cual se debe, inexorablemente, a la nacionalidad de su artífice.

Así pues, la segunda sección del artículo está dividida en cuatro partes, cada una de ellas referente a uno de los principales ataques contra la práctica, a saber: los motivos históricos para no usar fuentes extranjeras en los fallos; el asunto de la diversidad; los problemas democráticos y de soberanía; y, por último, la discreción judicial. El artículo termina, como es lógico, con una breve conclusión.

Antes de entrar de lleno en el núcleo del trabajo, empero, cabe destacar la importancia del tema para los países de América Latina. El mundo de hoy, particularmente, tiene grandes retos legales por resolver, y precisa de juristas que se sientan cómodos tratando diversos ordenamientos y enfrentando problemas multinacionales. Los Estados Unidos sigue siendo uno de los países con mayor influencia jurídica en el resto del mundo y la importancia de conocer los conceptos jurídicos que allí se discuten es innegable. Si bien el derecho nacional (el argentino o el colombiano, según sea el caso) es el mar en el que cada uno se mueve la mayor parte del tiempo, ese mar se une en muchas ocasiones con otros mares, autónomos pero interrelacionados, en los cuales es vital saber nadar. Algunas veces es difícil discernir dónde acaban las aguas nacionales y donde comienzan las extranjeras, pero si se pretende ser un abogado competente, es necesario moverse con fluidez entre ellas, sin detenerse a mirar si se cruzó la frontera.

Pero la justificación para este trabajo también reside en la importancia jurídica y política de los Estados Unidos para el resto del mundo. Desde la Declaración de Independencia de 1776 hasta las medidas adoptadas tras la caída de los mercados financieros en 2008, la historia jurídica y política de los Estados Unidos ha moldeado a muchas otras naciones, instituciones supranacionales e incluso grupos privados. El desarrollo de los derechos humanos y del sistema de las Naciones Unidas, las libertades en materia financiera (y las regulaciones correlativas), el derecho de los consumidores y la revisión judicial son tan sólo algunos de los temas más relevantes en los cuales Estados Unidos ha jugado un papel primordial. El mundo, así muchos no quieran aceptarlo, todavía se sacude cuando

los Estados Unidos tiembla. Sus cambios jurídicos y políticos son una guía para muchas democracias menos desarrolladas.

El debate sobre la reelección presidencial en Colombia, por ejemplo, estuvo marcado por una constante mención de la estructura constitucional norteamericana, que permite la reelección presidencial inmediata por una sola vez. El derecho penal colombiano, así mismo, ha tenido una evolución hacia penas más duras, apelando a las políticas criminales de los Estados Unidos. Lo mismo puede decirse del derecho procesal penal en varios países latinoamericanos. Y cuando se trata de redactar normas nuevas sobre propiedad intelectual, valores o sociedades comerciales, el legislador mira primero hacia el norte para buscar inspiración. No es fortuito que la ley que creó la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.) en Colombia se asemeje a la normatividad de las sociedades en el estado de Delaware.

En Argentina, del mismo modo, la cultura jurídica de los Estados Unidos ha fungido como un faro desde el siglo XIX.³⁹ La Constitución argentina de 1853, en vez de emular las constituciones de Chile y Perú, fue elaborada siguiendo muy de cerca la estructura de poderes de la Constitución estadounidense. Así, la Carta argentina de entonces estaba estrechamente ligada al derecho constitucional de los Estados Unidos en materias como su supremacía normativa, su rigidez, el bicameralismo, el sistema federal y el papel de la rama Judicial. Aun más, como explica el profesor Carlos F. Rosenkrantz, “[l]a expectativa general de quienes forjaron [la] historia constitucional [argentina] era que las interpretaciones sustantivas de la constitución norteamericana deberían ser vinculantes también en la Argentina”. Con esto se perseguía una fuente de autoridad suprema que eliminara la divergencia de interpretaciones y que sirviera como criterio de cierre. Y Argentina no sólo ha mirado hacia los Estados Unidos para definir la estructura del Estado: los derechos fundamentales reconocidos en aquella nación demuestran cierta cercanía con algunas de las enmiendas de la Constitución norteamericana, y la Corte Suprema argentina se ha valido del razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos en múltiples casos.

En el mundo del derecho, pues, los Estados Unidos sigue siendo una potencia. Por ende, no es únicamente prudente, sino necesario, estudiar con atención los fenómenos relevantes que allí se discuten. La idea es estar preparados y tener una posición ilustrada cuando el tema surja en latitudes propias, para no simplemente copiar políticas públicas o prácticas que parecen modernas y elegantes, sino tomar decisiones sabias, educadas y con argumentos. Con todo, tanto en Colombia como en Argentina, el tema presentado aquí resulta de importancia.⁴⁰

39. Ver sobre esto, C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, pp. 72-79.

40. Tan trascendente a los ojos de los argentinos ha sido esta práctica, que incluso en esta misma revista se han publicado cuatro artículos previos sobre el tema. Mientras los profesores Rosenkrantz y Filippini se enfrentaron por el uso del derecho internacional de los derechos humanos en diversas jurisdicciones (lo cual constituye sólo un aspecto concreto de la discusión general planteada en este trabajo), los profesores Mariela Puga y Máximo Lenusse N. fueron coautores de un artículo sobre filosofía jurídica, enfocado a la autoridad legitimadora del derecho. Pese a que todos tienen algo que decir sobre la cuestión aquí planteada, el presente escrito es claramente discernible de los mencionados en cuanto a su aspiración y enfoque.

Las Críticas

a) Las razones históricas

Una de las líneas de ataque más comunes y persistentes tiene que ver con los motivos históricos para no usar fuentes extranjeras en la jurisprudencia norteamericana. Así, esta crítica sostiene, principalmente, dos tesis: primero, que el uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ es una idea nueva, progresista, que rompe con las tradiciones del alto tribunal y que va en contra de su costumbre judicial; y segundo, que dicha práctica va en contra del entendimiento y la interpretación original de la Constitución estadounidense, según el pensamiento y los propósitos de los fundadores de la nación (lo que se conoce como la posición *originalista*).

Es común escuchar réplicas al uso de fuentes extranjeras que se basan en el argumento de que ésta es una idea liberal del nuevo milenio, que no tiene antecedentes en las decisiones de la Corte y que viola toda la tradición judicial de los Estados Unidos. Algunos académicos que se oponen a la práctica aseveran que decisiones como *Atkins*, *Lawrence* y *Roper* carecen de precedente en el derecho constitucional.⁴¹ Los conservadores, en general, sienten que catalogar la práctica como progresista y novedosa es una defensa sólida en contra suya.

La historia, irónicamente, no está de su lado. Los profesores Steven G. Calabresi y Stephanie Dotson Zimdahl escribieron un artículo académico de ciento sesenta y cuatro (164) páginas con los resultados de su investigación acerca de la tradición de citar normas extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1793 y la extensión del texto no es casualidad. Se debe, justamente, a que encontraron numerosas referencias del uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte, concluyendo que la práctica tiene orígenes muy lejanos.⁴² Las sentencias que utilizan referencias a normas de jurisdicciones externas a los Estados Unidos se pueden hallar desde los primeros años de la CSJ. Los magistrados de la época se sentían tan cómodos con las citas de fuentes extranjeras que las usaban en su idioma original, sin proveer traducción al inglés.⁴³ En este sentido, los profesores Calabresi y Zimdahl descubrieron que las citas a fuentes extranjeras usaban un abanico amplio: desde las leyes y prácticas de otros Estados (principalmente los europeos), pasando por los conceptos de los abogados y pensadores de entonces, hasta las decisiones de las cortes británicas. Ello se pudo deber, entre otras cosas, a que la naciente nación norteamericana no contaba con una gran variedad de doctrina y jurisprudencia de calidad en materia jurídica, lo cual hacía prudente mirar hacia el pensamiento jurídico extranjero.⁴⁴ Pero sin

41. Michael D. Ramsey, "International Materials and Domestic Rights: Reflections on *Atkins* and *Lawrence*", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, pp. 71-72.

42. Steven G. Calabresi, Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, citado en: D. Farber, *Op. cit.*, pp. 15-16.

43. *Ibid.*

44. D. Farber, *Op. cit.*, p. 2.

importar cual fuera el motivo para estas referencias en la germinal institución judicial, el estudio demuestra que quienes creen que se trata de algo nuevo están equivocados. El propio Calabresi, cofundador del grupo conservador Federalist Society y quien se opone a la práctica de citar fuentes extranjeras en decisiones de la CSJ, explica que “[l]a Corte Suprema lo ha venido haciendo básicamente durante toda nuestra historia, y con cierto grado de gusto”.⁴⁵

Aun cuando se trata de interpretar la Octava Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁴⁶ – como fue el caso tanto en *Atkins* como en *Roper* –, la CSJ ha sabido emplear opiniones externas para decidir qué se considera “cruel e inusual” en términos de castigo.⁴⁷ Con esto, puede decirse sin vacilaciones que la Corte ha seguido su propia historia en las tres sentencias controvertidas al valerse de las ideas de otros para llegar a una conclusión. Y si bien el hecho de que un fenómeno tenga una larga tradición no lo hace per se adecuado, sí torna difícil la tarea de hacerlo pasar por una moda que puede acarrear resultados desastrosos para el país. Al concluir que la práctica se ha venido empleando por doscientos años (como sugiere el título del artículo de Calabresi y Zimdahl), por lo menos es evidente que la carga de la prueba queda del lado de quienes sugieren que es nada menos que el Armagedón. Además, si el ejercicio en cuestión representa amenazas tan graves para la democracia, la soberanía y el derecho estadounidense en general (asuntos que se tratarán en secciones siguientes), no queda más que preguntarse cómo ha sobrevivido la nación durante todo este tiempo intacta y sin sucumbir ante tan inminente peligro.⁴⁸ Parecería, con todo, que los gritos de alerta son sobredimensionados.

La segunda corriente de críticas históricas proviene de una escuela interpretativa denominada *originalismo*. Para el originalismo, la Constitución de los Estados Unidos de América se debe interpretar exclusivamente teniendo en cuenta el significado que le dieron los Padres Fundadores de la nación al momento de su elaboración en 1788,⁴⁹ el que tuvieron al momento de la promulgación de la Carta de Derechos⁵⁰ en 1791 o, a lo sumo, el sentido de la Carta cuando se aprobaron las enmiendas de la reconstrucción, entre 1865 y 1870.⁵¹

45. A. Liptak, *Op. cit.*, p. 4.

46. “No se requerirá fianza excesiva, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirá castigo cruel e inusual”. Constitución de los Estados Unidos de América, VIII Enmienda. The U.S. National Archives and Records Administration, “The Bill of Rights: A Transcription”, *Página web The National Archives*, [en línea], disponible en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html, consulta: 12 de octubre de 2010.

47. V. Jackson, *Op. cit.*, pp. 109-111.

48. D. Farber, *Op. cit.*, pp. 2, 4.

49. La Constitución de los Estados Unidos fue firmada en 1787 por los delegados a la Convención Constitucional en Filadelfia, pero ratificada por los estados en nombre del pueblo en 1788. The U.S. National Archives and Records Administration, “A More Perfect Union: The Creation of the U. S. Constitution”, *Página web The National Archives*, [en línea], disponible en: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_history.html, consulta: 12 de octubre de 2010.

50. El término en inglés es *Bill of Rights*.

51. Para una descripción completa de la posición originalista, ver, entre otros, John O. McGinnis, “Foreign to Our Constitution”, *Northwestern University Law Review*, vol. 100, 2006; D. Farber, *Op. cit.*; John C. Yoo, “Peeking Abroad? The Supreme Court’s Use of Foreign Precedents in Constitutional Cases”, *University of Hawaii Law Review*, vol. 26, 2004.

Esto quiere decir, grosso modo, que el significado de la Constitución en 2011 debe ser el mismo que dispusieron Jefferson, Hamilton, Adams y compañía cuando redactaron y ratificaron el documento de constitución del Estado hace más de dos siglos. Lo que para ellos representaban las instituciones del Estado (e.g., los poderes y facultades de cada una de las tres ramas) o los derechos fundamentales de los estadounidenses (consignados en las primeras diez enmiendas de la Constitución) debe ser el sentido que se les dé hoy en día. La Constitución, pues, debe ser leída literalmente según lo que quería decir al momento de su creación (y en los dos momentos subsecuentes mencionados), puesto que el originalismo considera que apartarse de las intenciones de los padres de la patria es *actualizar* el texto constitucional y, ergo, violarlo.⁵²

Bajo esta postura, los críticos del uso de fuentes extranjeras sostienen que dicha práctica no se compadece con la intención de los patriotas estadounidenses, quienes rechazarían de plano el recurso a normas externas al momento de interpretar la Constitución. Para los originalistas, mirar hacia jurisdicciones ajenas va en contravía de las intenciones de la Carta, puesto que, según ellos, los juristas que la diseñaron no contemplaron jamás el recurso a conceptos de derecho extranjeros. Como se explicará enseguida, esta noción es del todo anacrónica.

La verdad del asunto es que los Estados Unidos se ha vuelto más miope de lo que era durante los primeros años de su existencia, cuando alzaba la vista sin temor hacia el horizonte. El provincianismo contemporáneo no era un rasgo de los primeros estadounidenses. En parte debido a que los Estados Unidos no tenía todavía muchos desarrollos en el campo jurídico, y en parte porque los juristas de la época tenían otro entendimiento del derecho, tener en cuenta las opiniones de personas y jurisdicciones extranjeras era natural. En este respecto, es posible cometer dos errores igualmente graves pero muy diferentes: primero, asumir que hace dos siglos las personas (los juristas) tenían la misma concepción moderna del derecho como proveniente de un soberano determinado y específico; y segundo, creer que en aquella época nadie era tan cosmopolita e internacionalista como ahora, debido a que (y esto es cierto) la tecnología y las comunicaciones eran menos avanzadas.⁵³

Si el argumento que se piensa usar en contra de las referencias a fuentes extranjeras es la costumbre jurídica del momento cuando se fundaron los Estados Unidos, es necesario decir que aquel pensamiento apoyaba dichos recursos. Los líderes políticos y jurídicos de la época de la revolución estadounidense (entre los cuales están, e.g., Hamilton, Adams y Jefferson) solían leer de manera regular a varios maestros del derecho europeo continental, como Hugo Grotius, Samuel Puffendorf y Emmerich De Vattel.⁵⁴ Estos escritores influenciaron de manera sustancial el razonamiento jurídico de los ilustres americanos, apelando al derecho natural como parte intrínseca del *Derecho* (en su conjunto). Para

52. Eric A. Posner, Cass R. Sunstein, "On Learning from Others", *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, pp. 1311.

53. D. Farber, *Op. cit.*, p. 8.

54. *Ibid.*, pp. 8-10.

Grotius, Puffendorf y DeVattel, el derecho natural era parte fundamental del derecho per se, y los argumentos propios de aquél hacían parte básica de éste, sin que ello fuere motivo de controversia. Es obvio que los tiempos han cambiado en ciertos aspectos y las teorías del derecho natural no tienen la mejor acogida por los juristas respetados del mundo. Pero para los Padres Fundadores de los Estados Unidos, citar fuentes extranjeras era corriente.⁵⁵

Ellos se valían, sobre todo, de una fuente del derecho que no tiene paralelo hoy: el *Ius Gentium* o derecho de gentes. Si bien esta institución provenía de Roma, los juristas del siglo dieciocho le habían incorporado fuentes jurídicas diversas, como el derecho natural, el derecho internacional público e, incluso, el derecho comercial. Al comienzo de la república estadounidense, no había una distinción clara entre el derecho extranjero y el derecho interno. Muchas normas – incluyendo la importantísima *lex mercatoria* – tenían una naturaleza ambigua, en el sentido de que eran tanto normas que regulaban las relaciones entre Estados, como normas propias de países concretos, incluyendo a los Estados Unidos.⁵⁶ El *Ius Gentium* tenía un alto contenido moral y se pensaba que debía valer tanto para personas de naciones distintas, como para el trato entre los mismos Estados, pues se fundamentaba en las mismas normas de bondad y justicia que debían ser respetadas por todos. Es innegable que, de llegar el caso, el derecho positivo prevalecía sobre una norma moral oscura; pero lo más común era que las normas jurídicas germinaran de normas de derecho positivo junto con normas morales. Así pues, para personas como Thomas Jefferson o Alexander Hamilton, no era crítico hacer una distinción entre las fuentes de derecho que empleaban, bien fueran normas del *common law*, de derecho internacional, o morales. Los *Framers* eran mucho menos aislados del resto del mundo de lo que quieren hacer creer ahora los conservadores. Su uso del *Ius Gentium* así lo prueba. Dicha herramienta, además de ser un recurso diario de los abogados en sus argumentos, servía para llenar vacíos de las zonas de penumbra y era un mecanismo interpretativo valiosísimo. La idea de cambiar esa práctica, entonces, no resulta muy apegada a la concepción *original*.

A la idea del originalismo se opone otro método (concepción) de interpretar la Constitución, denominado *constitucionalismo vivo*. Esta segunda corriente sostiene que la Constitución no se debe entender según las ideas o pensamientos imperantes al momento de su elaboración, sino, más bien, teniendo en cuenta el paso del tiempo y los valores de la sociedad.⁵⁷ Con esto, es claro que para aquellos académicos, abogados y magistrados quienes no aceptan la tesis del originalismo, sus críticas son irrelevantes, puesto que se basan en un modo concreto de entender el derecho constitucional y, si ese modo no es otorgado valor alguno, sus conclusiones carecerán de mérito.⁵⁸ La magistrada Ruth Bader

55. *Ibid.*

56. Harold Hongju Koh, "International Law as Part of Our Law", *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 45.

57. R. Alford, *Op. cit.*, p. 58.

58. M. Tushnet, *Op. cit.*, pp. 1279-1280.

Ginsburg – quien reconoce suscribir la tesis del constitucionalismo vivo – arguye que la idea de los Padres Fundadores de crear un Estado más perfecto se honra al entender que la Constitución pertenece a un mundo globalizado en el siglo veintiuno, y no al congelarla de por vida en el pasado.⁵⁹ Y es que es claro que el componente moral es relevante para la jurisprudencia estadounidense, puesto que ésta no trata de reproducir nociones y valores de hace dos siglos sin más, sino de encontrar la mejor solución para los problemas de la nación en la actualidad.⁶⁰ Al aplicar esta lógica, es dable pensar que los héroes de antaño redactaron la Octava Enmienda de una manera tan genérica (prohíbe los castigos “cruels e inusuales”) porque sabían que sus palabras se entenderían de acuerdo a los valores y principios de cada época.⁶¹ La enmienda, de acuerdo con ello, proscibiría las penas que, al momento de su ejecución, se considerasen crueles.⁶² Así lo ha entendido la Corte Suprema desde hace décadas. En la famosa decisión de 1958, *Trop v. Dulles*,⁶³ en la cual se evaluó si quitarle a un desertor de las fuerzas armadas su ciudadanía constituía un castigo “cruel e inusual”, la Corte concluyó que el concepto fundamental tras la prohibición de la enmienda era la dignidad del hombre. Por ende, en las palabras del alto tribunal, el texto de la Constitución “debe extraer su significado de los estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad madura”.⁶⁴

De suscribir la posición contraria, una persona tendría que admitir – para ser coherente – que se penalizaran conductas como la idolatría, la blasfemia, el adulterio y la brujería, las cuales, junto con el sexo consentido entre homosexuales, eran castigadas con la muerte en los primeros días de la república estadounidense.⁶⁵ Pero incluso el magistrado Scalia, quien votó a favor de penalizar las relaciones sexuales consentidas entre parejas del mismo sexo en *Lawrence*, escribió en su salvamento de voto que “(...) la Corte tiene toda la razón al decir que ‘la historia y la tradición son el punto de partida, pero no siempre el punto de llegada (...)’”⁶⁶ del análisis. Y esta admisión es extraña, pues sus posiciones morales y jurídicas no están muy alejadas de las siguientes palabras, que bien podrían ser suyas: “Nadie, presumimos, supone que un cambio en el sentimiento o la opinión pública (...) de las naciones civilizadas de Europa o de este país debe llevar a la [Corte Suprema] a darles a las palabras de la Constitución una interpretación más liberal (...) de la que se les otorgó cuando el texto fue redactado y adoptado”.⁶⁷ Lo anterior, empero, fue escrito en 1857 por el entonces Presidente de la Corte Suprema como parte de la opinión mayoritaria

59. R. Ginsburg, *Op. cit.*

60. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 87.

61. Esta idea de que los fundadores de los Estados Unidos redactaron y aprobaron una constitución genérica que, por serlo, pudiera resistir el paso del tiempo y adaptarse a las circunstancias de cada época les reconoce, de hecho, más sabiduría y visión que la posición originalista.

62. Mark Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 37, 2003, p. 244.

63. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, (1958).

64. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, (1958), citado en: R. Ginsburg, *Op. cit.*

65. H. Koh, *Op. cit.*, p. 54.

66. *Lawrence*, *Op. cit.*, citado en: H. Koh, *Op. cit.*, p. 54.

67. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, (1857), citado en: R. Ginsburg, *Op. cit.*

en *Dred Scott v. Sandford*,⁶⁸ una de las decisiones más tristemente célebres de la historia legal de los Estados Unidos. En ella, la Corte concluyó que era constitucional que un ser humano mantuviera a otro esclavizado. Este razonamiento, es palmario, no debe tener eco en el derecho moderno.

Pero además de las razones jurídicas para creer que la Constitución debe evolucionar, existen, como debe ser, motivos propiamente *evolutivos*. No sólo debe rechazarse la idea de que el texto constitucional signifique hoy en día lo mismo que significaba para Thomas Jefferson o Alexander Hamilton en el siglo dieciocho porque la jurisprudencia de la Corte lo haya dicho. Ésta es una razón de peso, claro está. Pero por motivos propios de la moral, asimismo, debe entenderse que el significado de provisiones de la Constitución que tienen que ver con ella debe evolucionar con el paso del tiempo. Respecto de esto vale la pena recordar un célebre ensayo que Garret Hardin publicó en 1968 con el título de “The Tragedy of the Commons”⁶⁹. En dicho ensayo, el ilustre científico hizo la siguiente aseveración moral: *la moralidad de un acto es una función del estado del sistema al momento de su realización*. Y complementó su idea proponiendo un ejemplo que, aquí también, es ilustrativo: hace doscientos años un habitante de las grandes llanuras norteamericanas podía cazar un bisonte, arrancarle la lengua para preparar su comida de ese día y dejar el resto del cadáver tirado en el pasto para que se pudriera. Nadie en ese momento hubiera considerado que el cazador estaba siendo pródigo o descuidado con la fauna. Hoy en día, con una cantidad ínfima de bisontes pastando en Norteamérica, cualquiera se sentiría asqueado de este comportamiento. ¿La diferencia?: el estado del sistema ha cambiado. La conclusión de Hardin no es, de ninguna manera, relativista. Reconoce, muy agudamente, que la moral también evoluciona con el tiempo, así como los demás aspectos de los seres vivos. No es que no pueda criticarse al cazador de hace doscientos años; el punto es que nadie lo hubiera condenado entonces, porque el estado del sistema no hacía de su comportamiento un acto inmoral.

El biólogo evolutivo (y famoso ateo) Richard Dawkins ha dicho que el *Zeitgeist* (espíritu de los tiempos) evoluciona a medida que transcurren los años, las décadas y los siglos, así el cambio sea imperceptible para los seres humanos.⁷⁰ Si se observan las épocas pasadas, será evidente que las cosas que se consideraban aceptables o incluso normales entonces, no lo son ahora. Es bien sabido que grandes personajes de la revolución norteamericana, como George Washington y Thomas Jefferson – quien redactó la Declaración de Independencia – tenían esclavos. Y así Abraham Lincoln fuera muy liberal y progresivo para su tiempo, sus palabras acerca de los negros durante un debate en 1858 – durante el cual aseguró que había diferencias permanentes entre blancos y negros, por lo cual él ni siquiera consideraba que los negros debieran votar, ser jurados,

68. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, (1857).

69. Garret Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 13 de diciembre de 1968, pp. 1243-1248.

70. Para esta idea, junto con la información que la soporta, ver Richard Dawkins, “The ‘Good Book’ and the Changing Moral *Zeitgeist*”, en: *The God Delusion*, New York, Houghton Mifflin Company, 2006, pp. 268-316.

o casarse con blancos – lo harían parecer como un miembro del Ku Klux Klan en este momento. El espíritu de los tiempos, como lo llaman sabiamente los alemanes, es un consenso universal que evoluciona. Y evoluciona en una dirección constante, que, a los ojos de la mayoría de la humanidad, es para bien. Así pues, aun los grandes monstruos de los últimos tiempos (Hitler, Stalin, Pol Pot) palidecerían en comparación con Gengis Khan o Calígula. Si bien es cierto que los primeros pudieron haber asesinado a más seres humanos, lo hicieron gracias a la tecnología del siglo XX. Pero basta con leer las historias mongolas y romanas para saber que sus líderes disfrutaban como nadie con el sufrimiento ajeno. La situación inversa también es cierta: incluso algunos de los pensadores más respetados y progresistas de la historia serían considerados conservadores, retrógrados y racistas según estándares de hoy. T.H. Huxley y H.G Wells – dos escritores modernos y liberales de su época – no tenían problema en pronunciar palabras discriminatorias contra las minorías raciales. El *Zeitgeist* evoluciona: cada vez el consenso sobre lo que está bien y lo que es moralmente permitido es más exigente. Hace algunas décadas la lucha por los derechos de las mujeres y de los negros apenas despuntaba y no se asomaba siquiera un indicio de la protección actual a los animales y el medio ambiente. Si el agua, el aire, los animales y las plantas abundan y son suficientes para todos los hombres – como sucedía en la antigüedad –, es un desgaste insensato preocuparse por estos recursos. Pero ahora sería una necesidad no hacerlo. Ello demuestra como el cambio del estado del sistema ha generado nuevos juicios sobre la moralidad de los actos humanos. Creer, por ende, que los juicios de unos hombres (por más sabios y clarividentes que fueran) en el siglo dieciocho pueden tener mucho peso en el siglo veintiuno es inocente. La moral humana ha evolucionado y quedarse atascado en la moral de los padres fundadores de los Estados Unidos sería un pecado que el país más rico de la tierra no se debe permitir.

b) El asunto de la diversidad

La segunda vertiente de críticas al uso de fuentes extranjeras por parte de la CSJ tiene que ver, principalmente, con el asunto de la diversidad. Los críticos se valen de la diversidad en dos sentidos: la diversidad como un hecho, una realidad, un dato empírico de los Estados Unidos frente al resto del mundo – lo que se conoce como la idea del *excepcionalismo* –, y la diversidad como un valor importante del derecho y una meta que se debe tratar de alcanzar y conservar (donde entra en escena, también, el tema del federalismo estadounidense).

Se dice que el término *excepcionalismo americano*⁷¹ fue acuñado por Alexis de Tocqueville en 1831 y tradicionalmente se usa para distinguir a los Estados Unidos de las demás naciones desarrolladas del mundo en un sentido cualitativo, por cuanto se cree que el país norteamericano es diferente de éstas respecto de su origen particular, su credo

71. El término en inglés es *American Exceptionalism*.

nacional, su evolución histórica y sus instituciones políticas y religiosas. La expresión asimismo se refiere a que el hecho de que los Estados Unidos tenga unos compromisos tan marcados con la libertad, el individualismo, la igualdad y el *laissez-fairismo*, entre otros, lo han blindado de las tragedias humanas e históricas que han caído sobre otras naciones a lo largo de los tiempos, protegiendo a la nación cuando otras han sucumbido. Y la retórica propia del excepcionalismo americano ha sido perceptible en la vida política del país, puesto que se puede detectar en los discursos de casi todos los presidentes, desde Washington, en su discurso de despedida, hasta prácticamente todos los pronunciamientos de George W. Bush después del once de septiembre.⁷²

El profesor Michael Ignatieff escribió un ensayo describiendo las diferentes clases de excepcionalismo que existen, dentro de las cuales identificó el *excepcionalismo judicial*. Ésta es la clase de excepcionalismo defendida por ciertos miembros de la Corte Suprema de Justicia (i.e., los magistrados Roberts, Scalia, Thomas y Alito), según la cual las opiniones y prácticas de otros Estados son irrelevantes para la interpretación constitucional de los Estados Unidos, en razón de que, cuando se deben interpretar cláusulas abiertas de la Constitución, son únicamente las concepciones estadounidenses las que deben valer.⁷³ Desde esta percepción, la Constitución se basa exclusivamente en la historia y la cultura de los Estados Unidos, por lo cual resulta inútil mirar hacia otros países y pueblos, pues no hay nada que se pueda aprender de ellos. Sería, en las palabras de un irónico académico, como tratar de aprender inglés al consultar un diccionario francés.⁷⁴ Así pues, el excepcionalismo sostiene que la Constitución refleja valores y principios característicos de los Estados Unidos, los cuales se basan en su historia y su cultura distintiva, y no se deben entender como universales o comunes a los demás Estados. Por lo tanto, como su contenido surge única y exclusivamente de la tradición y la cultura estadounidenses, al interpretar la Constitución, los extranjeros no pueden tener voz ni voto. El derecho constitucional estadounidense, incluyendo sus garantías, derechos y protecciones, se trata como un producto exclusivo del discurso interno de la nación.⁷⁵

Una de las razones más simples que esgrimen los enemigos de las fuentes extranjeras es que dichas normas están hechas para un Estado determinado, con sus características y particularidades, que no son las de los Estados Unidos.⁷⁶ Por ende, las opiniones de otros, en otras jurisdicciones, no serán jamás apropiadas para decidir sobre la interpretación del documento fundacional de los Estados Unidos, puesto que se refieren a otra coyuntura, en otro lugar, y destinado a regular a otras personas. En otras palabras, las decisiones judiciales y demás normas jurídicas extranjeras no sirven como herramientas para descifrar el sentido de la Constitución estadounidense debido a que están hechas para regir en otro espacio. Una contradicción entre las normas y prácticas extranjeras y las

72. Harold Hongju Koh, "On American Exceptionalism", *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, p. 1481.

73. *Ibid.* p. 1482.

74. D. Farber, *Op. cit.*, p. 19.

75. *Ibid.*

76. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 311.

de los Estados Unidos, entonces, no debe llevar a la conclusión de que éstas adolecen de inconstitucionalidad, pues ellas son normas para los Estados Unidos y *sólo* para los Estados Unidos.⁷⁷ Su aplicación en Estados Unidos puede ser perfectamente adecuada, así no lo sea en Lituania, Egipto o Chile. Lo que piensen los demás Estados (y sus jueces y funcionarios) no tiene ningún valor sobre esta cuestión.

Los adversarios de la práctica señalan que los Estados Unidos difiere harto de los demás países de la comunidad internacional, especialmente de los países que se han usado como surtidores de fuentes extranjeras. Europa – aseguran – tiene una cultura política y unos valores muy distintos a los del pueblo estadounidense, en cierta medida, porque “[I]as tradiciones europeas miran con más agrado la imposición de *opiniones morales elitistas*”⁷⁸. Por un lado, los fundamentos populares de los derechos y las garantías de la Constitución estadounidense (como la Octava Enmienda) chocan con la justificación universal de los derechos humanos de los europeos.⁷⁹ Y por otro, es claro que Europa tiene una aproximación divergente frente a cuestiones como la pena de muerte, lo cual hace complicado, por decir lo menos, una comparación con las opiniones y posiciones de sus cortes.⁸⁰ Lo segundo se evidencia en el caso de Mounir Motassadeq, condenado en 2003 por una corte alemana de ser partícipe de más de tres mil cargos de homicidio por su participación en los atentados contra el World Trade Center, el 11 de septiembre de 2001. Motassadeq fue inicialmente condenado a quince años de prisión (la condena máxima de acuerdo con la legislación alemana), pena que luego fue reducida a siete años. Esta sentencia tan benevolente para alguien responsable de la muerte de más de tres mil seres humanos – dicen algunos – refleja de manera contundente la gran fe que tienen los europeos en el castigo como forma de rehabilitación. Los estadounidenses (por lo menos quienes defienden el excepcionalismo) no comparten esta postura y creen que es un ejemplo de las diferencias irreconciliables entre su derecho y el de Europa.⁸¹

De manera semejante, se aduce que Europa y los Estados Unidos tienen historias políticas bien diversas.⁸² Mientras la democracia – fundamentada en el contrato social que impera entre sus ciudadanos – ha sido un pilar de la nación americana desde hace tiempo, los Estados de Europa han transitado entre extremos políticos como la monarquía, el fascismo, y el socialismo. En esta búsqueda por el mejor tipo de gobierno, los europeos han sido víctimas de regímenes totalitarios que acabaron con la vida de millones de personas – por no decir nada de la violación a las demás libertades fundamentales del

77. *Ibid.*; “(...) [N]o 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” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 80).

78. Cursivas fuera del texto. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 311.

79. Ernest A. Young, “The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Denominator Problem”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 161; J. McGinnis, *Op. cit.*, pp. 311-312.

80. E. Young, *Op. cit.*, p. 162.

81. Craig Whitlock, “Friend of 9/11 Hijackers Convicted in Germany”, *Washington Post*, Washington, 20 de agosto de 2005, p. A12, citado en: E. Young, *Op. cit.*, pp. 161-163.

82. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 14.

hombre. Los Estados Unidos, en cambio, ha permanecido incólume. La lección que pretenden impartir los excepcionalistas es que ello se debe, justamente, a la distancia que mantiene la nación estadounidense de Europa.⁸³ Aunque las tendencias ideológicas del siglo veinte pudieron parecer modernas, justas y progresivas en el momento – argumentan los críticos –, la historia demostró que es sabio mantener la estabilidad institucional y no dejarse tentar por los cambios. Pues si en algo existe consenso, ciertamente es en que Europa sufrió de forma estruendosa durante los regímenes autoritarios del siglo pasado. Pero la conclusión a la que llegan los conservadores es otra: si los Estados Unidos sigue las decisiones de Europa en la actualidad – esas ideas novedosas que parecen tan liberales y justas –, la historia (del siglo pasado) podría repetirse con consecuencias terribles para los estadounidenses. Escuchar las razones de las cortes europeas del momento es igual, ante sus ojos, a que la CSJ hubiese seguido los lineamientos de las cortes nacionalsocialistas o comunistas de las décadas del treinta y del cincuenta.

Otra diferencia importante – al menos para ciertos autores – es que Europa ha avanzado hacia un contexto social y político donde priman las normas sobre el poder, la ley sobre las armas y la diplomacia es la herramienta que se emplea para solucionar los conflictos. El continente europeo le da prelación a la cooperación y a las instituciones supranacionales por encima de la fuerza. Los Estados Unidos, en cambio, permanece sumergido en un estado de naturaleza hobbesiano, donde no se puede confiar en el otro y donde las armas y el poder militar son las garantías únicas de la paz y la seguridad. Mientras Europa se aproxima más a la idea kantiana de la *paz perpetua*, los Estados Unidos se ha quedado varado en un mundo premoderno.⁸⁴ La tesis de los defensores del excepcionalismo es que si se acepta esta premisa, es preciso concluir que las fuentes europeas no son apropiadas para el derecho estadounidense “(...) porque ocurren en unas circunstancias de confianza en la ley y las instituciones legales que *no tienen ningún sentido* en el contexto norteamericano”⁸⁵.

La detracción, luego, es que la consideración de fuentes de derecho extranjeras en la jurisprudencia niega de manera implícita el excepcionalismo americano y todo lo que él representa: el orgullo nacional, la celebración de la fundación de la nación, la creencia de que los Estados Unidos tiene una misión especial en el mundo y, en general, la noción de que el país es especial y diferente, en vez de simplemente uno más entre cientos. Los defensores del excepcionalismo defienden firmemente la idea de que los Estados Unidos no debe mostrar humildad frente a otros (lo cual creen que ocurre si se usan fuentes extranjeras), sino frente a las ideas de los padres fundadores y de la Constitución.⁸⁶

La relación del excepcionalismo con la diversidad debería ser aparente ya. Los críticos de que la Corte se valga de razones y decisiones extranjeras en sus sentencias aseguran que dicha metodología elimina la diversidad jurídica en el mundo, lo cual es altamente

83. *Ibid.* pp. 14-15.

84. *Ibid.* p. 15.

85. Cursivas fuera del texto. *Ibid.*

86. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 139.

perjudicial para el desarrollo de éste, pues reduce la información y la experimentación en el campo legal.⁸⁷ La sugerencia parecer ser, en parte, que los Estados Unidos ha demostrado ser un líder *excepcional* para el mundo, por lo cual es posible pensar que, si se le permite experimentar con diversos enfoques jurídicos, el mundo entero se beneficiará de ello. Sin embargo, aseguran los críticos, el bienestar mundial no resultará incrementado si se acogen las normas y prácticas de naciones absolutistas como Zimbabue o China. Es la calidad de los aportes que los Estados Unidos le ha brindado a la comunidad mundial lo que debe darle carta blanca para ensayar con normas jurídicas que, quizá, mejoren la vida en el planeta.

En el mismo sentido apunta la relación del sistema federal de gobierno estadounidense: la diversidad de normas entre jurisdicciones es una virtud del Estado norteamericano, que permite que diversas áreas acojan e instituyan normas distintas, según sus valores y sus preferencias.⁸⁸ Esta posibilidad no sólo admite que, a través de la experimentación legal, cada jurisdicción decida qué normas prefiere, sino que reduce los enfrentamientos a nivel nacional, al dejar que sea cada estado federado quien tenga la última palabra sobre unas materias concretas. Es decir, puesto que los Estados Unidos es un Estado federalista, donde cada uno de sus estados tiene autonomía para regular ciertos temas, es conveniente mantener la misma lógica al analizar el asunto de las fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte. De lo contrario se perderá un ingrediente valiosísimo, cual es la diversidad jurídica. La propuesta es que cada nación sea como un mercado jurídico, donde se ofrecen normas y políticas exclusivas, para que los ciudadanos puedan escoger las que prefieren, y allí residan.⁸⁹

Como respuesta a las críticas anteriores, en primer lugar, es necesario aclarar que los valores de los Estados Unidos – por lo menos aquéllos consagrados en sus normas y en la Constitución – no se alejan de los del resto del mundo de una manera tan clara. No son valores propiamente estadounidenses, sino valores universales. Ello es claro tanto de la historia de la Constitución de los Estados Unidos, como de las normas extranjeras sobre las cuales existe hoy tan ardua controversia. Históricamente, por ejemplo, está documentado que quienes se oponían a la esclavitud la consideraban un mal universal, no meramente una actividad que violara la ley estadounidense.⁹⁰ En los discursos de la época que versaban sobre la materia, las referencias no eran a “los derechos inalienables del hombre *americano*” sino a “los derechos inalienables del *hombre*”⁹¹; no se defendía

87. J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 318; Si bien la crítica principal del profesor Rosenkrantz está dirigida al uso de fuentes extranjeras en Argentina, sus palabras podrían referirse a cualquier Estado: “Es posible concebir muchas maneras diferentes, e igualmente razonables, de tratar cada tema que amerite preocupación constitucional”; “Existe también espacio para la diversidad en materia de regulación de derechos fundamentales” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 83); “Siempre habrá innovación y creación en el derecho constitucional, porque siempre habrá diferentes formas de intentar solucionar problemas constitucionales” (*Ibid.*, p. 84).

88. E. Young, *Op. cit.*, p. 165; J. Yoo, *Op. cit.*, pp. 16-17.

89. J. Yoo, *Op. cit.*, pp. 16-17.

90. D. Farber, *Op. cit.*, p. 19.

91. Cursivas fuera del texto. *Ibid.*, p. 20.

la “libertad del *hombre estadounidense*”, sino la “libertad *humana*”⁹²; y, así mismo, la mención permanente a los derechos que Dios le había otorgado al hombre no hacían distinciones entre los hombres de los Estados Unidos y los extranjeros.⁹³ Parece que para los padres fundadores, los valores y principios que consagraba la Constitución les pertenecían a todos los hombres por igual. Una situación similar ocurre si se tiene en cuenta la influencia de los Estados Unidos en la elaboración de muchas constituciones extranjeras,⁹⁴ así como de normas de derechos humanos que tienen vigencia todavía. Precisamente el país anglosajón sirvió de inspiración para muchas de las constituciones de los Estados jóvenes que surgieron en el siglo veinte. Así mismo, los derechos humanos nacieron con la Carta de Núremberg, la Carta de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas – todas iniciativas de los Estados Unidos.⁹⁵ Finalmente, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos fue una musa para la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 y ambas tienen un contenido parecido.⁹⁶ Por ende, como señala el profesor Koh, Decano de la Escuela de Derecho de Yale hasta 2009, la Corte no debe decidir los casos en un vacío: los Estados Unidos nunca ha sido un sistema legal hermético y conceptos de derecho constitucional tales como libertad y debido proceso no son propiedad exclusiva de los estadounidenses, sino construcciones del mundo entero.⁹⁷ La conclusión es palmaria: los valores constitucionales de los Estados Unidos permearon desde las normas más importantes de derecho internacional, hasta las normas de otros Estados, por lo cual aquéllas y éstas tienen una estrecha relación con el derecho estadounidense. Es insensato creer que existen diferencias sustanciales.

En este orden de ideas, también podría contenderse que la práctica concreta de valerse de las ideas, decisiones y conclusiones de otras cortes es perfectamente coherente con el espíritu de los Estados Unidos. Cuando los defensores del excepcionalismo aseguran que la Corte no debe atender a las decisiones de otras jurisdicciones porque lo único que importa para la interpretación de la Carta son los compromisos políticos y jurídicos del pueblo estadounidense, alguien podría responder, precisamente, que atender a estas fuentes extranjeras hace parte de los principios fundacionales del país.⁹⁸ La práctica de usar fuentes de otros Estados para nutrir las decisiones judiciales de los Estados Unidos puede, razonablemente, ser consistente con la idea que el país tiene de sí mismo.

Así lo comprueba la siguiente afirmación de *Miranda v. Arizona*,⁹⁹ una de las sentencias más trascendentales en materia de derechos civiles de los Estados Unidos,¹⁰⁰ porque si bien

92. Cursivas fuera del texto. *Ibíd.*

93. *Ibíd.*

94. Ver *supra* INTRODUCCIÓN.

95. D. Farber, *Op. cit.*, p. 6.

96. *Ibíd.*

97. H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 47.

98. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1290.

99. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

100. *Miranda v. Arizona* fue la decisión que estableció la llamada “Regla Miranda”; es decir, la necesidad de advertir a todo acusado de un delito que puede permanecer en silencio, que tiene derecho a un abogado durante el interrogatorio y que si no puede costearlo, tiene derecho a que el Estado le provea uno para su defensa.

toma una posición excepcionalista frente al derecho del país, también acepta la importancia de las fuentes extranjeras. Luego de considerar las normas sobre la interrogación de sospechosos en Inglaterra, Escocia, India y Ceilán, la Corte dijo lo siguiente:

Las condiciones de ejecución de la ley en nuestro país son suficientemente similares para permitir la referencia a esta experiencia como garantía de que la ilegalidad no resultará de advertirle a un individuo de sus derechos o permitirle ejercerlos. Así mismo, es consistente con nuestro sistema legal que les demos a estos derechos por lo menos la misma protección que las jurisdicciones descritas. Tratamos, en nuestro país, con derechos fundamentados en un requerimiento específico de la Quinta Enmienda de la Constitución, mientras que otras jurisdicciones arribaron a sus conclusiones sobre la base de principios de justicia no tan claramente demarcados.¹⁰¹

Segundo, el argumento de que la Constitución se debe interpretar acorde con las ideas estadounidenses únicamente, puesto que su legitimidad se deriva de normas y principios internos que no tienen nada que ver con el derecho foráneo ni le deben nada, es erróneo. Se basa en una concepción del derecho constitucional, de nuevo, arcaica. Y es que la Constitución de los Estados Unidos no basa su legitimidad y sus principios fundamentales tan sólo en el hecho de su elaboración hace más de dos siglos. Como asevera una autora lúcida, la Constitución les pertenece a los estadounidenses “(...) porque muchas generaciones se han apropiado de ella por conducto de un complejo proceso que empezó con la adopción del texto original y de sus enmiendas, pero que implica numerosas capas de discusiones e interpretaciones – incluyendo interacciones previas con las ideas y prácticas de comunidades transnacionales – que moldean su significado a través del tiempo”.¹⁰² Sostener que los Estados Unidos no tiene, ni aspira a tener, derechos y protecciones universales, debido a que sólo está interesada, como nación, en sus normas propias y sus valores individuales, es tan obtuso como equivocado. El movimiento por los derechos civiles y el movimiento por los derechos de las mujeres tuvieron una enorme influencia transnacional: la legislación de los Estados Unidos no empezó a proteger la igualdad de las minorías y de las mujeres porque se basara en las ideas tradicionales de los Estados Unidos, sino porque hubo grandes debates sobre el significado de la Constitución.¹⁰³ El excepcionalismo, como se puede ver, es más difuso de lo que tratan de hacer creer. La Constitución de los Estados Unidos no es únicamente producto de las ideas internas; tiene un fuerte componente universal y una larga tradición de mirar hacia afuera.

Finalmente, aunque las réplicas anteriores son sólidas y por sí solas pueden derrumbar el castillo de naipes del excepcionalismo, los problemas fundamentales de la posición excepcionalista y federalista como críticas al uso de fuentes extranjeras son dos: en primer

101. *Miranda v. Arizona*, *Op. cit.*, citado en: V. Jackson, *Op. cit.*, p. 121.

102. V. Jackson, *Op. cit.*, p. 121.

103. *Ibid.*

lugar, se basan en una posición moral *relativista*; y en segundo plano, asumen que la diversidad per se es una virtud que vale la pena defender.

El relativismo consiste en creer que las respuestas correctas a problemas morales dependen de cada cultura, por lo cual la norma moral adecuada para cierta cultura puede no ser la adecuada para otra.¹⁰⁴ En otras palabras, según el relativismo, la justicia depende del contexto.¹⁰⁵ Algunos han dicho, incluso, que las normas morales dependen de la geografía, del clima, de la temperancia y de la virtud de las gentes de cada zona.¹⁰⁶ Un ejemplo ilustrativo de la posición relativista es que está mal criticar a los romanos por haber echado a sus esclavos a los leones, o a los aztecas por realizar sacrificios humanos, puesto que se trata de una cultura diferente a la propia – con sus particularidades y su contexto concreto – y existen diferencias morales que son perfectamente válidas y se deben respetar. Así pues, quienes defienden el excepcionalismo americano o esgrimen la crítica federalista, consideran que la validez de las normas morales depende del contexto y de la cultura, por lo cual está mal que los extranjeros opinen sobre las reglas morales estadounidenses. El excepcionalismo, en particular, cree que por las notables diferencias de los Estados Unidos con el resto del mundo (su historia, su religión, su tradición política, y, en fin, su cultura), lo que se considera correcto en materia moral, sólo debe entenderse como correcto para la sociedad estadounidense, sin que importe para nada lo que piensen las demás sociedades. El federalismo, por su parte, sirve a quienes critican las fuentes extranjeras para decir que la estructura política de los Estados Unidos es una razón de peso para creer que lo más conveniente es que cada jurisdicción tenga sus propias normas (lo que incluye, necesariamente, las normas morales). En este orden de ideas, las cuestiones morales de fondo de las tres sentencias polémicas (i.e., si está bien ejecutar a una persona con retraso mental (*Atkins*); si está bien castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo (*Lawrence*); y si está bien ejecutar a un menor de edad (*Roper*)) deben tener respuestas divergentes en distintos lugares del mundo. La tesis, pues, sería algo como lo siguiente: nosotros, en los Estados Unidos, somos diferentes; como somos diferentes, tenemos derecho a nuestras propias normas, y ustedes no deben criticarnos ni inmiscuirse.

Infortunadamente para estos críticos, el filósofo Bernard Williams ha demostrado que el relativismo moral es insostenible, catalogándolo como “(...) la herejía de los antropólogos, posiblemente la idea más absurda que se haya defendido jamás en filosofía moral.”¹⁰⁷ Williams señala que el relativismo consiste en tres proposiciones: que “correcto” significa (sólo puede ser coherentemente entendido si significa) “correcto para una sociedad dada”; que “correcto para una sociedad dada” ha de ser entendido en sentido funcionalista; y que (por consiguiente) *es incorrecto que los individuos de una sociedad condenen,*

104. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 150.

105. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, p. 1293.

106. Jeremy Waldron, “The Supreme Court, 2004 Term-Comment: Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 10.

107. Bernard Williams, *Introducción a la ética*, 4ª ed., Madrid, Cátedra, 1998, p. 33.

*critiquen, se interfieran en, los valores de otra sociedad.*¹⁰⁸ Y entonces pasa a demostrar la inconsistencia lógica (grave) que hay en el relativismo: en su tercera proposición hace una afirmación sobre lo que es correcto y erróneo en el trato de una persona con otras sociedades y para ello se hace uso de un sentido *no-relativo* de “correcto” no permitido por la primera proposición.¹⁰⁹ Es decir, este punto de vista es moralmente absolutista (o no-relativo) frente a la tolerancia y la no-interferencia, a la vez que predica que la moralidad es algo relativo. En palabras de Williams, cuya elocuencia es abrumadora, “[s]i vamos a decir que existen desacuerdos morales últimos entre sociedades, hay que incluir, entre los asuntos en que tales desacuerdos pueden producirse, sus propias actitudes hacia las concepciones morales de los otros”. Claro que una sociedad puede criticar a otra por sus normas morales. La máxima *entre gustos no hay disgustos*¹¹⁰ no es una regla que aplique a los valores y principios morales, pues es bien conocido que si sobre algún tema existen grandes desacuerdos y debates es sobre lo moral. Los demás Estados del mundo tienen mucho para decir sobre el comportamiento moral de los Estados Unidos y la esencia misma de la ética recomienda el diálogo intercultural. “No puede considerarse una consecuencia de la naturaleza de la moralidad misma el que ninguna sociedad deba interferirse nunca en los asuntos de otra, o que los individuos de una sociedad, cuando se ven confrontados con las prácticas de otra, si son racionales deban reaccionar con la aceptación”.¹¹¹ Por ello, la respuesta frente a los atropellos romanos y aztecas de antaño no puede ser quedarse mudo.

La defensa ciega de la diversidad es el otro problema de estas posturas. Tanto el excepcionalismo como la versión federalista de la crítica argumentan que la diversidad es buena para el mundo y que, por ende, debe respetarse que los Estados Unidos tenga normas distintas, así los demás países las consideren incorrectas. Se habla de “experimentación jurídica” y del “respeto y tolerancia por las diferencias”. Pero lo que pasan por alto quienes se visten con el ropaje de la diversidad es que ella no es una virtud absoluta; ni siquiera es una virtud en sí misma. La diversidad es importante dependiendo del objeto de que se esté tratando.¹¹² Es bueno que haya diferencias religiosas entre los pueblos del mundo, para que cada persona pueda adorar al dios que prefiera (o a ningún dios, si así lo prefiere). Así mismo, es ideal que haya pluralidad en las concepciones humanas de la felicidad y de la vida buena, de las mejores comidas y los mejores vinos, de quién es la mujer más bella y el hombre más apuesto. La diversidad se debe perseguir – y defender – en numerosos aspectos de la vida humana para garantizar la libertad y la individualidad de los hombres y de las culturas.¹¹³ Pero siempre hay que tener en cuenta que “[e]l valor

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*, pp. 33-34

110. *De gustibus no est disputandum.*

111. B. Williams, *Op. cit.*, p. 38.

112. Para un argumento completo sobre esta postura, ver Gloria María Gallego García, “El pluralismo en el Estado constitucional de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Lima, Universidad César Vallejo, 2010 (en edición).

113. *Ibid.*, p. 8.

del pluralismo depende de aquello en lo que es valioso que los hombres sean tratados como diversos (...)",¹¹⁴ pues si merece la pena defender la diversidad de pensamientos, de valoraciones artísticas, de planes de vida, de gustos personales y, en general, de todo lo que se refiera a la individualidad y la libertad humana, no ocurre lo mismo con conductas que subyugan y lesionan a los demás. Nadie (sensato) diría que es perfectamente aceptable, en virtud de la diversidad, que un fanático de la sangre humana vaya por ahí matando personas para beber su sangre; o que las mujeres africanas sean mutiladas en sus genitales para continuar una brutal y antigua tradición; o que los miembros de una secta religiosa encadenen a sus hijos durante días, sin darles comida, para practicar una ofrenda a su dios. La diversidad tiene validez y merece respeto porque es una garantía de la libertad y del individualismo de cada persona; porque hace al mundo variopinto, curioso, interesante; porque brinda opciones para resolver problemas y para adoptar ideas; porque elimina la tediosa uniformidad de una planta de producción.

Sin embargo, no se trata de amar la diferencia por la diferencia, ni de exaltarla incondicionalmente como si toda diferencia fuera valiosa, una fuente de riqueza humana, e ideas semejantes. El entusiasmo ante lo diferente, por el mero hecho de serlo, en muchos casos raya en la cursilería, ya que hay diferencias que implican conductas o prácticas retrógradas, injustas o que empobrecen la vida humana. No toda diferencia merece ser considerada valiosa ni eleva el nivel de la humanidad. Practicar la quema de viudas o la lapidación de mujeres infieles a sus maridos es una peculiaridad de determinadas culturas, peculiaridad que no es en modo alguno loable y que debiera revisarse por cualquier cultura que aspire a tener un elevado nivel de humanidad, tras el debido diálogo intercultural – sin imposiciones, sin represión –. Hay diferencias que contradicen valores que se estiman importantes y cuya defendibilidad se apoya en criterios de imparcialidad, racionalidad y universalidad (la vida humana, la dignidad, la libertad, la igualdad).¹¹⁵

El punto es, con todo, que los Estados Unidos debe aspirar a ese nivel de humanidad elevado. Y para hacerlo, no puede escudarse en ideas tan porosas como el relativismo moral o el amor incondicional a la diversidad. La primera es lógicamente inconsistente y políticamente facilista, mientras la segunda es francamente obtusa, y tiene más de emotividad que de racionalidad. Pero tienen algo en común: ninguna de las dos logra convencer con éxito de que cada jurisdicción del mundo deba tener todo el derecho a regular la conducta de sus ciudadanos como le plazca, por el hecho de ser distinta. Pues si la diversidad es motivo suficiente para defender normas exóticas y extravagantes (un tipo de derecho “a la carta”, si se quiere), cada cual (i.e., cada jurisdicción) tendría plena justificación para hacer lo que le provocase. Y, entonces, ser judío en Alemania aún

114. *Ibid.*

115. *Ibid.*, p 7.

comportaría peligro de muerte, y el abuso sistemático a las mujeres que se practica en algunos lugares de Asia y el Medio Oriente podría perdurar hasta el fin de los tiempos. El derecho exige encontrar unos mínimos que valgan para todos los seres humanos, con independencia de su cultura o lugar de origen. La diversidad – connatural a la existencia humana – no debe ser una excusa para fallar en esa tarea.

c) La soberanía y la democracia

Una corriente de comentarios agraviantes contra la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos por emplear fuentes de derecho extranjeras en sus sentencias asegura que dicha metodología viola la soberanía y la democracia de la nación. Aunque la democracia y la soberanía son conceptos distintos, en este caso se vinculan estrechamente para sostener, grosso modo, la siguiente objeción: usar fuentes de derecho extranjeras en las decisiones de la CSJ es renunciar a la soberanía nacional, entregándola a jueces extranjeros, quienes no están sujetos al control democrático de la ciudadanía estadounidense.¹¹⁶ La democracia, pues, hace referencia a que sean los propios estadounidenses – y no algún alemán o francés, por ejemplo – quienes decidan sus normas. Y la soberanía se puede entender como la “(...) negación de cualquier poder superior al del Estado (...)”¹¹⁷, de manera que el mismo no esté sujeto a imposiciones de agentes externos. Así pues, “[e]l poder estatal dejaría de ser soberano sólo en la hipótesis de que las limitaciones jurídicas impuestas a su ejercicio derivasen de un poder ajeno (*heteronomía*)”.¹¹⁸ En términos generales, se puede ver cómo la preocupación que alegan los detractores es que los Estados Unidos no sea *autónomo* y que sus normas jurídicas las determine una población ajena a la nacional. De manera particular, empero, la crítica tiene varios matices.

Uno de los problemas parece ser que a las opiniones del mundo entero (i.e., las opiniones de otros países y de la comunidad internacional) se les dé un valor constitucional suficiente para opacar las opiniones de los mismos estadounidenses. Dado que los juicios de valor son determinantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema, el uso de opiniones extranjeras viola la soberanía de los Estados Unidos debido a que se vale de la supremacía constitucional para derrumbar normas favorecidas democráticamente. La recomendación es, entonces, que al momento de tener en cuenta juicios de valor, los nacionales valgan más que los extranjeros.¹¹⁹ Si las opiniones de ambos fueran similares no habría problema. Pero como en muchas ocasiones los juicios nacionales chocan con los extranjeros, los defensores de derechos humanos que intentan modificar el derecho estadounidense tienen que recurrir a la vía judicial, donde solamente se pueden subrogar las normas democráticas a través

116. Para un repaso completo de esta crítica, ver R. Alford, *Op. cit.*; E. Young, *Op. cit.*; J. Yoo, *Op. cit.*; M. Ramsey, *Op. cit.*; J. McGinnis, *Op. cit.*; M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*; y M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*

117. Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, 38ª ed., México, Porrúa, 1986, p. 103.

118. Cursivas en el original. *Ibid.*, p. 104.

119. R. Alford, *Op. cit.* p. 58.

de la revisión constitucional. Por ende, el uso de normas extranjeras en la jurisprudencia de la Corte es una mera táctica para remplazar el derecho soberano y democrático con los valores reflejados en jurisdicciones foráneas.¹²⁰

Se dice que la revisión de normas por parte de un tribunal constitucional tiene un problema *contramayoritario*¹²¹ que se observa en el hecho de que una norma aprobada por el legislativo o el ejecutivo – democráticamente elegido por el pueblo – sea declarada inexecutable, dejando sin efectos las intenciones y los valores que apoyan la mayoría. De acuerdo con la crítica, en el contexto de normas extranjeras el problema se puede detectar también. Éste consiste en que si bien la Corte ha manifestado que los estándares de una comunidad pueden servir de canon interpretativo para ciertas cláusulas de la Constitución (e.g., determinar qué se considera “cruel e inusual” en términos de un castigo), nunca se han usado estándares extranjeros, como pretende hacerse ahora. Los valores por los cuales se indaga siempre han sido los valores internos de los Estados Unidos, razón por la cual imponer unos valores o juicios extranjeros en casos nacionales hace que el problema *contramayoritario* salga a la superficie. La única forma de internalizar juicios de valor externos en los análisis de la Corte sin violar la soberanía y la democracia, aseveran los críticos, es que dichos valores ya hagan parte de los estándares norteamericanos.

Se alega, asimismo, que “(...) importar derecho extranjero al sistema jurídico interno a través de la interpretación constitucional, evita los mecanismos institucionales por medio de los cuales las ramas políticas controlan ordinariamente la interacción entre lo interno y lo extranjero”.¹²² La implicación es que el ejecutivo y el legislativo son quienes deben controlar el proceso de acoplamiento entre el derecho local y el derecho extranjero (i.e., decidir qué relación tiene el derecho de los Estados Unidos con los desarrollos jurídicos extranjeros), y que la Corte, al menoscabar su control, atenta contra la democracia y la soberanía.

John C. Yoo, por ejemplo, sostiene que la actitud de la Corte respecto del derecho extranjero somete, de hecho, la conducta privada de los ciudadanos estadounidenses a las decisiones de jurisdicciones lejanas y transfiere el poder federal de los Estados Unidos a otros actores, en franca violación de la Constitución.¹²³ Según el académico, únicamente aquéllos designados por el gobierno federal para actuar en su nombre y ejercer poder federal dentro de los Estados Unidos – tras superar el proceso requerido – pueden interpretar la Constitución.¹²⁴ Esto proscribía que cortes o funcionarios extranjeros tengan la potestad de interpretar la Carta. El fundamento de la restricción es que el poder federal esté exclusivamente en manos de quienes responden directamente ante los representantes del pueblo (i.e., los funcionarios elegidos democráticamente). La Constitución, por tanto, solamente puede ser interpretada por funcionarios nombrados por el Presidente o bajo su mando directo, bien sean jueces federales o miembros de alguna de las agencias

120. *Ibid.*, p. 59.

121. *Ibid.*

122. E. Young, *Op. cit.*, p. 163.

123. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 4.

124. *Ibid.*, p. 5.

federales.¹²⁵ Pero los magistrados de tribunales extranjeros no fueron nombrados por el Presidente de los Estados Unidos ni confirmados por el Senado, por lo cual no responden ante el electorado de la nación ni deben respetar los principios interpretativos de ésta. Así, una persona o institución cuyo nombramiento carece de orígenes democráticos no tiene por qué emitir su opinión sobre el sentido de la Constitución norteamericana.¹²⁶ Aun más, la supuesta transferencia de potestad judicial de la Corte Suprema y los Estados Unidos a las cortes externas evitaría que los votantes controlaran y vigilaran las actuaciones de estos jueces, pues estarían completamente por fuera del Estado. Con esto, se menoscabaría la posibilidad de que sus propios ciudadanos monitoreasen y declarasen al Estado responsable por sus conductas y actuaciones.¹²⁷ En fin, la práctica es acusada de vulnerar los controles propios de un Estado democrático.

Desde el punto de vista histórico, según lo previamente examinado, la crítica de la violación a la soberanía genera, por lo menos, una pregunta. Si el uso de fuentes extranjeras va en contravía de la soberanía nacional y tanto los padres fundadores de los Estados Unidos como los primeros y más respetados magistrados de la Corte Suprema estaban de acuerdo con ella, ¿será que los Estados Unidos alguna vez ha tenido verdadera soberanía?¹²⁸ La respuesta apunta a que la crítica adolece de un error lógico, consistente en concluir que si una corte se vale del material de otra jurisdicción, está efectivamente renunciando a su soberanía y sometándose a la autoridad de esa jurisdicción.¹²⁹ Pero si se examina lo que ocurre tanto en los estados federados de los Estados Unidos como en el resto del mundo,¹³⁰ ello no parece ser cierto: nadie diría razonablemente que Nueva York se encuentra subyugado ante la autoridad de California, o Australia ante la de Canadá, cuando usan opiniones de esas jurisdicciones. Es más: es claro que desde los comienzos de la nación estadounidense, los fundadores decidieron remitirse a las fuentes de derecho extranjeras existentes de manera absolutamente consciente y voluntaria.¹³¹ No se trató, pues, de una adopción forzada de la práctica, sino de una decisión informada y volitiva, lo cual desacredita la noción de la pérdida de soberanía.

El quid del asunto está en que el argumento de la soberanía confunde el origen de la autoridad (i.e., las normas federales de los Estados Unidos, incluyendo la Constitución) con las posibles fuentes de interpretación (i.e., las fuentes extranjeras).¹³² Es decir, las fuentes de derecho externas solamente serán consideradas si pueden servir para entender

125. *Ibid.*, p. 8.

126. En esta dirección apunta el *problema de la validación* traído a colación por el profesor Rosenkrantz. De acuerdo con esta postura, en tanto que la coercibilidad del derecho se fundamenta en la creación de normas por parte del "pueblo", el uso de fuentes extranjeras por los tribunales rompe con esa justificación, puesto que las decisiones de los jueces no representan a la entidad política. *Ver sobre esto*, C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*; C. F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista", *Op. cit.*

127. J. Yoo, *Op. cit.*, p. 5.

128. D. Farber, *Op. cit.*, p. 17.

129. *Ibid.*

130. *Ver supra* INTRODUCCIÓN.

131. H. Koh, "International Law as Part of Our Law", *Op. cit.*, p. 47.

132. D. Farber, *Op. cit.*, p. 18.

el significado o la aplicación de una disposición de la Constitución de los Estados Unidos. Dicha ayuda interpretativa puede ser fáctica, como en el caso de determinar si un castigo es “inusual”. Para ello es de gran ayuda – según las mismas palabras de la Constitución – establecer con claridad si el castigo se impone en otras jurisdicciones, para, de este modo, saber si es común o, por el contrario, inusual. Lo segundo llevaría a que fuese declarado inexecutable. De manera similar, por ejemplo, la Cuarta Enmienda¹³³ prohíbe las “requisas arbitrarias”. Una prohibición con una textura tan abierta puede dar paso a que se examinen las prácticas policivas de otros lugares, para decidir si una requisita es arbitraria o no. Es claro que la experiencia de otras cortes y otros Estados puede ser de gran ayuda al momento de juzgar la constitucionalidad de normas de este talante. Además, hay que tener presente que el texto normativo imperante sigue siendo la Constitución, y quienes deciden qué fuentes extranjeras consultar son funcionarios del Estado con plena autoridad en él.¹³⁴

Al parecer, el razonamiento de los enemigos de la práctica es éste: si las fuentes extranjeras importan para algo, deben servir por lo menos como “desempates” en casos cerrados; y si son mecanismos de desempate, en algunos casos el resultado (y, por ende, el sentido de la Constitución) va a ser controlado por jurisdicciones extranjeras, quienes estarían ejerciendo autoridad sobre el derecho de los Estados Unidos a expensas de su soberanía.¹³⁵ El argumento previo equipara la causal de las sentencias de la Corte con el ejercicio de poder sobre ella. Y he ahí el problema. Porque ser la causal de algo no es tener poder o autoridad sobre ello; la causación no es suficiente para configurar una relación de poder. Un estudiante universitario puede mirar el reporte del tiempo una mañana y, al ver que el pronóstico indica que hará frío, usar una chaqueta y unos guantes para ir a clase. La causa de que usara ropa más abrigada fue el pronóstico que vio en el noticiero de la mañana, pero sería absurdo decir que el meteorólogo o la cadena de noticias ejerció autoridad sobre el joven estudiante. Un caso similar se puede rescatar de las cotidianidades de la Corte. Los magistrados Scalia y Thomas son propensos a usar referencias de diccionarios en sus escritos.¹³⁶ Las definiciones de ciertos términos pueden ser la causal para algunas de sus decisiones (si el significado de una palabra es relevante, podrá definir el sentido de un fallo), pero sería tildado de loco quien esgrimiera que los magistrados se encuentran en una relación de subordinación frente a la editorial que publica el diccionario.¹³⁷ Aquí, como en el caso del estudiante que se abriga, no hay poder del uno sobre el otro. Además de la causación, se precisa de otros elementos para configurar una relación de poder:

133. “El derecho del pueblo en cuanto a la persona, domicilio, documentos y efectos personales, así como estar a salvo de requisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable. No se emitirán autos, excepto con causa probable y afianzada en juramento o afirmación, que describa en particular el lugar y las personas o cosas objeto de la requisita”. Constitución de los Estados Unidos de América, IV Enmienda. The U.S. National Archives and Records Administration, “The Bill of Rights: A Transcription”, *Op. cit.*

134. D. Farber, *Op. cit.*, p. 18.

135. *Ibid.*

136. *Ibid.*

137. *Ibid.*

la persona que imparte la orden tiene que pretender influir la conducta del receptor o subordinado; debe haber una probabilidad *ex ante* relativamente alta de que la orden sea efectiva; y el subordinado no debe tener la opción de decidir independientemente si acata o no la orden.¹³⁸ En resumen, el poder exige más que una simple causación. Hace parte de una compleja relación social entre el superior y el subordinado. Los Estados Unidos no se encuentra en una relación de este tipo con ninguna jurisdicción externa, por lo que la soberanía (entendida como la falta de autoridad de otro Estado en el propio¹³⁹) no se encuentra vulnerada.

El término “soberanía”, por cierto, puede ser engañoso. En primer lugar, puede hablarse de soberanía olvidando que una nación soberana puede válidamente decidir que sus intereses – y los de sus ciudadanos – se satisfarían mejor si renuncia a una porción de su libertad y de su autoridad para lograr compromisos con otras naciones.¹⁴⁰ La Convención de Viena, por ejemplo, exige que a los ciudadanos arrestados en un país extranjero se les garantice el derecho de consultar con un agente consular de su país. Los signatarios de este acuerdo internacional decidieron que sus habitantes estarían mejor protegidos en el resto del mundo si ellos renunciaban a parte de su soberanía interna. Ocurre algo paralelo a lo que sucede en el caso de los seres humanos (o individuos) cuando deciden ceder parte de su libertad para salir del Estado de Naturaleza y crear una institución denominada Estado, que les brinda garantías y beneficios mayores a los costos de esta cesión de poder. En otras palabras, es precisamente la soberanía (nacional, en el caso de un Estado, o individual, en el caso del hombre) la que permite que alguien entregue parte de su autoridad de forma voluntaria e – quizá más importante – interesada, para perseguir objetivos que considera valen la pena.

Inclusive más, un Estado soberano puede considerar que es ventajoso delegar la autoridad de interpretar ciertas normas internacionales a un cuerpo colegiado supranacional. La Convención de Viena, de nuevo, es el ejemplo perfecto. Esta norma – como todas – no es absolutamente clara en sus disposiciones y la interpretación se torna una tarea forzosa. Los Estados pueden estar convencidos de que es prudente elaborar un acuerdo acerca de las protecciones consulares a los ciudadanos en países extranjeros, pero puede no haber un consenso sobre detalles importantes. No obstante, las partes pueden preferir que exista un acuerdo incompleto (i.e., que sólo regule los aspectos más generales) a que no haya acuerdo alguno. Para solucionar los vacíos interpretativos, los Estados, por consiguiente, pueden nombrar a un intérprete externo, y ello de ninguna manera compromete su soberanía.¹⁴¹

Así mismo (y aquí también queda desvirtuado el argumento de la democracia), no se puede perder de vista que quienes finalmente toman la decisión de utilizar fuentes de derecho extranjeras como herramientas de interpretación son funcionarios del

138. *Ibid.*

139. *Ibid.*, p. 19.

140. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, p. 261.

141. *Ibid.*

Estado,¹⁴² sometidos a los controles del sistema de pesos y contrapesos de los Estados Unidos.¹⁴³ Quienes optan por considerar una norma de derecho europea o sudafricana en un caso concreto no son profesores liberales de derechos humanos o jueces de las altas cortes de otros países; son los magistrados de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, investidos con el poder federal del que habla John C. Yoo para interpretar legítimamente la Constitución del país. Los extranjeros, bien sean jueces notables o distinguidos abogados, no tienen voz ni voto en la decisión de la Corte Suprema, pues así aquéllos fallen en un sentido o el otro, será la máxima institución judicial norteamericana quien tendrá la última palabra acerca de la interpretación de la Constitución. Las fuentes externas, con todo, sólo pueden afectar la decisión de la Corte Suprema – y, consecuentemente, el derecho de los Estados Unidos – si un grupo mayoritario de la Corte así lo decide. Por este motivo no hay ninguna transgresión a la soberanía nacional y tampoco cabe el ataque de la democracia, según el cual las decisiones de la Corte de emplear fuentes foráneas escapan al control democrático de los votantes. Es claro que lo anterior presenta seria desinformación: la Corte Suprema de Justicia es elegida directamente por el Presidente y confirmada por el Senado. Así pues, aunque las decisiones extranjeras escapen al sistema de pesos y contrapesos, los magistrados que finalmente escogen usar estas decisiones no lo hacen; ellos están, de manera indirecta, sometidos al sistema de pesos y contrapesos y sujetos al control político de la nación estadounidense (es decir, por conducto de la elección del Presidente y de los miembros del Senado que escogen a los magistrados de la Corte).¹⁴⁴ En este orden de ideas, todas las decisiones interpretativas que tomen los miembros de la Corte tienen la misma génesis democrática. No hay más opción que aceptar que las normas jurídicas producidas por jurisdicciones diferentes sólo entran al sistema jurídico de los Estados Unidos (si llegan a entrar) a través de la decisión válida de una institución federal sometida al sistema de pesos y contrapesos de la república.

Y respecto de la aseveración del profesor Young, según la cual la práctica bajo estudio “(...) evita los mecanismos institucionales por medio de los cuales las ramas políticas

142. El profesor Carlos F. Rosenkrantz, en esta misma publicación, atacó la práctica de usar fuentes extranjeras, aduciendo que una decisión tomada en este contexto es, en últimas, “(...) la decisión de otra persona”. Para ello se valió de dos analogías diversas pero relacionadas. Primero sostuvo: “Como la esclavitud voluntaria, que sigue siendo esclavitud, la deferencia voluntaria a las decisiones de otros, sigue siendo deferencia a las decisiones de otros” (C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, p. 86); y luego señaló: “Efectivamente, del mismo modo que diferir a otros nuestras decisiones no hace que las decisiones que otros toman por nosotros sean ‘nuestras’ adoptar el derecho que otro sanciona no lo hace ‘nuestro’” (C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, p. 204). Sin embargo, su crítica adolece de un problema *temporal* que no es menor: quien se esclaviza voluntariamente – así como quien defiere sus decisiones a la voluntad de otro – lo hace *antes* de que el tercero decida o actúe (por lo cual está sujeto, de antemano, a su voluntad), mientras que quien adopta la decisión o el razonamiento de otro lo hace *después* de que el tercero decide o actúa (y, por lo tanto, es libre de acoger tal decisión o de no hacerlo).

143. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, pp. 262-263.

144. *Ibid.*; M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* pp. 1286-1287.

controlan ordinariamente la interacción entre lo interno y lo extranjero”,¹⁴⁵ basta traer a colación algo que el académico pasa por alto: los susodichos mecanismos institucionales incluyen, justamente, el proceso de selección de los magistrados de la Corte Suprema.¹⁴⁶ A través de este proceso, tanto el Presidente de los Estados Unidos como el Senado pueden cuestionar e inspeccionar minuciosamente a cada candidato, en aras de saber qué actitudes tiene frente al derecho extranjero. Por lo tanto, el control de las ramas políticas sobre la materia permanece indemne.

Además, en respuesta a las acusaciones de que la práctica es antidemocrática, el magistrado Stephen Breyer ha sostenido lo siguiente para ilustrar que no hay nada de cierto en ello:

El derecho transnacional que se crea actualmente no es sólo producto de los redactores de tratados, las ramas legislativas o las judiciales. Nosotros, en los Estados Unidos, sabemos muy bien que el derecho, quizá la mayor parte del derecho, no se imparte desde las alturas sino que surge del público interesado, de los grupos afectados, de los especialistas, del legislativo y de otros, todos interactuando en conferencias, artículos académicos, la prensa popular, los debates legislativos y de muchas otras maneras. Ése es el proceso de la democracia en acción. La legislación típicamente aparece tiempo después de que este proceso ha iniciado. Las decisiones judiciales, especialmente las de nuestra Corte, funcionan mejor cuando aparecen de últimas, luego de que la experiencia ha hecho los efectos de la legislación perceptibles.¹⁴⁷

Finalmente, el profesor Mark Tushnet, quien se aventura a buscar las causales de tan inconsistente invectiva, asegura que las menciones de supuestas violaciones a la soberanía y la democracia de los Estados Unidos no son más que una forma de expresar preocupaciones de otra índole. Puesto que dichas críticas – como se evidenció – no tienen fundamento alguno, él sostiene que la verdadera inquietud subyacente en la mente de los detractores es una que tiene que ver con el papel de los jueces federales y su autoridad para cambiar el derecho estadounidense.¹⁴⁸ No se trata, entonces, de problemas institucionales que pongan en peligro el carácter soberano y democrático de la nación más rica y poderosa del planeta. Es, más bien, una crítica a la tarea de los magistrados de la Corte y la amplia discreción que ostentan al momento de decidir *qué es el derecho*. Una de las objeciones de fondo, según Tushnet, tiene que ver con el componente elitista de los jueces, quienes imponen sus valores por encima de las preferencias del pueblo norteamericano. Y puesto que las lanzas provenientes del campo de la “democracia y soberanía” ya han sido derrotadas, parece lógico, ahora, enfrentar los ataques de esta naturaleza.

145. E. Young, *Op. cit.*, p. 163.

146. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1287.

147. Stephen Breyer, *Keynote Address at the American Society of International Law*, citado en: H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 55.

148. M. Tushnet, “Transnational/Domestic Constitutional Law”, *Op. cit.*, pp. 241, 257.

d) La discreción judicial

Bajo este acápite se encuadran diversas críticas al trabajo de los jueces en general y al de los magistrados de la Corte Suprema en particular. Si bien existen marcadas diferencias entre los ataques, todos tienen algo en común: se centran en desprestigiar la labor judicial de la Corte Suprema, cuando considera fuentes de derecho extranjeras en sus sentencias, como una tarea llena de defectos humanos,¹⁴⁹ a causa de la amplia discreción o potestad de sus magistrados al fallar. La línea de oposición, pues, se sirve de argumentos como el

149. Si bien podría tratarse como una crítica completamente diferente y autónoma (como, de hecho, lo hacen muchos autores), la *crítica de la dificultad* también tiene que ver con el trabajo que realizan los jueces al usar fuentes extranjeras en sus fallos. El reproche consiste, grosso modo, en sostener que acudir a fuentes foráneas acarrea una *dificultad* adicional para componer sentencias buenas y justas, puesto que los jueces – generalmente sin entrenamiento en análisis comparado del derecho – deben enfrentarse a un idioma extraño, a una cultura jurídica arcana, a una multiplicidad de matices estructurales y sustanciales que hacen prácticamente imposible (sino ineficiente y supremamente costoso) que puedan comprender de forma adecuada la decisión extranjera, para luego incorporarla en su propio fallo. A esto se sumaría, luego, la dificultad de la ciudadanía para comprender dichas decisiones. Ver sobre esto, E. Young, *Op. cit.*, pp. 165-167; J. McGinnis, *Op. cit.*, p. 320; C. F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’”, *Op. cit.*, pp. 89-90, 93-94; C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, pp. 206-207. Parte de la crítica nace de la sentencia *Printz v. United States* (521 U.S. 898, (1997)), en la cual el magistrado Breyer erróneamente (según la mayoría de los académicos) interpretó el caso de Alemania para concluir que reclutar por la fuerza (el término en inglés es *commandeer*) a los agentes estatales para ejecutar normas federales de los Estados Unidos no presentaba riesgo alguno para el federalismo. Puesto que el federalismo de los Estados Unidos y el de Alemania tienen importantes diferencias, la posición del magistrado Breyer era incorrecta. Así pues, los opositores aducen que es muy probable cometer este tipo de errores al recurrir a fuentes extranjeras, ignorando factores relevantes al comparar entre jurisdicciones. Pero frente a esta crítica también hay respuestas. Y es que, como asevera Tushnet, el hecho de que usar fuentes extranjeras pueda acarrear cierta dificultad no dice nada que no sea verdad de muchas otras prácticas. Los jueces en general tienen que enfrentarse a una miríada de áreas del conocimiento para encontrar soluciones a los diversos casos que deben resolver, en parte porque el derecho debe pronunciarse virtualmente sobre todo el conocimiento humano. Al fallar sobre un tema de derecho de la competencia, los jueces deben saber de economía; al encarar algunos procesos penales, deben examinar problemas de psicología; al decidir sobre una demanda de responsabilidad civil, pueden verse inmersos en cuestiones de ingeniería o medicina; y, finalmente, al emplear una interpretación originalista, deben, indudablemente, ahondar en la historia. Nadie que sea considerado un experto en estos temas cree que los jueces realizan un buen trabajo al opinar sobre ellos, y las críticas ante sus pronunciamientos no se hacen esperar. Es lógico: personas con muy poco conocimiento sobre el tema están tomando decisiones de hondo calado. Sin embargo, es una labor que se les permite en todos los campos y sólo se espera que sean concienzudos y la hagan bien. No hay ningún motivo para concluir que los errores provenientes del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia serán más frecuentes o más graves que aquéllos surgidos de emplear otras disciplinas. Además, debe decirse que también aquí hay un proceso de aprendizaje, el cual – como con la economía, la psicología, la ingeniería, la medicina o la historia – arrojará mejores resultados a medida que transcurre el tiempo. Si Adams, Hamilton y toda una cohorte de abogados de la época pudieron aprender a usar el *Ius Gentium* con destreza – señala el profesor Farber –, los juristas contemporáneos, quienes gozan de un mundo estrechamente interconectado, también pueden aprender a usar el derecho extranjero. Y frente a los lectores de las decisiones judiciales no cabe sino replicar de igual forma: el derecho foráneo no comporta más complejidad que las numerosas otras materias sobre las que versa la jurisprudencia. Ver sobre las réplicas, M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* pp. 1294-1298, D. Farber, *Op. cit.*, p. 26.

enorme margen para decidir que proveen las fuentes extranjeras o la intención perversa de los magistrados que defienden su uso para virar la jurisprudencia de la Corte hacia la *izquierda*. También se dice que las fuentes de otros Estados se usan como máscaras para tapar las opiniones personales de los magistrados al momento de decidir. En fin, a continuación se dirá algo sobre cada uno de estos embates.

En primer término, quienes consideran el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional como algo nefario aseguran que la práctica incrementa la discreción de los magistrados al fallar. Puesto que son tantas las jurisdicciones extranjeras y se encuentran tan diversas fuentes de derecho, la situación genera una increíble indeterminación para los jueces, quienes pueden encontrar cualquier resultado imaginable.¹⁵⁰ Con ello, los magistrados de la Corte se convierten en agentes selectivos, escogiendo de entre el vasto universo de disposiciones las que su voluntad así prefiera. La idea parecer ser que el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia permite que los magistrados seleccionen a placer las fuentes que quieren usar y, por ende, manipulen el resultado de la sentencia.¹⁵¹ El señalamiento es simple y parece ser coherente: la práctica en cuestión aumenta la potestad de los jueces al momento de decidir.

La réplica, en este caso, puede ser mucho más extensa que la crítica. Pero es conveniente comenzar por un punto que no resulta menor: esta acusación no se refiere de manera distintiva o concreta al uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia, sino que es una crítica general al sistema judicial y a la labor de los jueces.¹⁵² Cualquiera que sea abogado sabrá que, sin importar qué fuente de conocimiento se emplee por una corte al momento de llegar a una decisión (e.g., normas de otras áreas del derecho, registros históricos sobre las intenciones del legislador o del constituyente, estudios científicos, investigaciones sociológicas, descubrimientos médicos), quien resulte derrotado alegará que el juez ilegítimamente amplió su discreción al consultar otras fuentes. En otras palabras, el argumento trata de parecer propio del tema bajo estudio (i.e., trata de encontrarle un problema a la referencia a fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional), pero en realidad es un reproche mucho más típico y cansado acerca de un tema amplísimo (i.e., la tarea de los jueces en general). El problema con esta crítica, para empezar, es que no distingue nada concreto sobre el uso de fuentes extranjeras, sino que se basa en cuestionar un aspecto característico de una actividad mucho más amplia, cual es la actividad judicial en sí misma. Sería semejante a criticar el fútbol, dentro de toda la gama de deportes, porque la gente que lo practica suda, ignorando que el mismo resultado es común al tenis, el baloncesto y el voleibol.

Por otro lado, los críticos no ofrecen ninguna demostración de que consultar una mayor cantidad de fuentes amplíe efectivamente la discreción. Los profesores Eric Posner y Cass Sunstein, por ejemplo (ambos avezados estudiosos de las ciencias económicas y muchos

150. E. Young, *Op. cit.*, p. 167; C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*, pp. 94-95; C. F. Rosenkrantz, "Advertencias a un internacionalista", *Op. cit.*, pp. 210-211.

151. M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1280.

152. *Ibid.*, pp. 1277-1278, 1280.

en entendimientos matemáticos), junto con Mark Tushnet, aseguran que, en abstracto, una mayor cantidad de fuentes reduciría (no incrementaría) la discreción de los jueces.¹⁵³ Posner y Sunstein explican que el objetivo de basar el juicio propio en las ideas de otras personas es tener una disciplina auto-impuesta de consultar la información disponible en otros, sin darle rienda suelta a las propias preferencias.¹⁵⁴ Puede que se tengan más recursos al momento de decidir, pero si se piensa con detenimiento lo que esto implica, será palmario que no perjudica el resultado final. Más recursos sólo significan más información y nadie con una inteligencia promedio objetaría tener mayor información al momento de tomar una decisión importante. Piénsese en el caso de una pareja de casados que está buscando comprar una casa en la ciudad. ¿Será mejor para ellos, en aras de conseguir la mejor casa, al mejor precio, averiguar en tan sólo una o dos agencias de bienes raíces, o preguntar por toda la ciudad y visitar la mayor cantidad de viviendas posible? La respuesta no es complicada. Del mismo modo, si los Estados Unidos indaga por las prácticas de otras jurisdicciones, tendrá más y mejor información con base en la cual llegar a sentencias justas.

Pero aun si se acepta que la tesis de la mayor discreción a la mayor cantidad de fuentes es acertada (lo cual parece no es cierto), concentrarse en el aumento de la discreción judicial a causa de las fuentes extranjeras es como notar el ratón en la sala mientras se pasa por alto el elefante que está en la habitación. En el contexto actual de la Corte Suprema, los magistrados ya cuentan con una enorme discreción a la hora de considerar fuentes normativas y la posible variación en la discreción judicial que se presentaría por el uso de fuentes extranjeras sería tan marginal que no presta méritos para una crítica seria, sobre todo cuando proviene de quienes defienden el originalismo y el uso de las tradiciones de los Estados Unidos como métodos interpretativos.¹⁵⁵ La propia magistrada Ginsburg reconoce que sus colegas y ella pueden valerse de todo tipo de recursos, desde las recopilaciones jurídicas, pasando por los tratados académicos y llegando, incluso, hasta los artículos de *journals* escritos por profesores o estudiantes de derecho.¹⁵⁶ E inclusive con esta aceptación tan natural, la magistrada se queda corta. Para su labor de interpretar la Constitución, los jueces estadounidenses utilizan instrumentos tan variables como el texto de las normas jurídicas, la intención, el precedente, la historia, la estructura, los valores y las consecuencias pragmáticas.¹⁵⁷ Y según la profesora Vicki C. Jackson, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Georgetown, en Washington, no hay motivos para creer que las fuentes extranjeras serán el factor primordial a tener en cuenta en las sentencias a venir; más bien, luego de revisar todas las demás fuentes mencionadas, los

153. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1312; M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1281.

154. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1312.

155. Indagar por las tradiciones de los Estados Unidos en sus más de doscientos años de historia no es, de ninguna manera, limitarse a fuentes concretas o determinadas.

156. R. Ginsburg, *Op. cit.*

157. V. Jackson, *Op. cit.*, p. 122.

magistrados tratarán de mirar hacia afuera para encontrar alguna pista sobre el problema que deben resolver. Si las fuentes internas proveen una solución armónica, las externas no harán cambiar de opinión a los jueces. Sólo serán de utilidad si hay dudas o ambigüedades en el derecho interno.¹⁵⁸

Una variante de esta crítica de la discreción judicial dice que el uso de fuentes extranjeras hasta el momento solamente ha sido un arma para impulsar un proyecto de izquierda en los Estados Unidos. Dicho de otro modo, los conservadores (entre los cuales se encuentran los miembros del Partido Republicano) sostienen que las fuentes extranjeras solamente se despliegan cuando son útiles para aumentar derechos liberales, pero no cuando ellas conducirían a una restricción de estos derechos.¹⁵⁹ En las tres sentencias que abrieron la caja de pandora, los Estados Unidos estaba rezagado frente al resto del mundo en términos de sus garantías constitucionales a los retrasados mentales, los homosexuales¹⁶⁰ y los menores de edad. Pero nada asegura que la comparación del derecho estadounidense con el foráneo *umente* o *expanda* la protección de derechos. Parece factible, en cambio, que los Estados Unidos, una de las democracias más fuertes del mundo, esté a la vanguardia en muchos aspectos de derechos.¹⁶¹

Y es que en el campo de la interpretación constitucional estadounidense hay una miríada de asuntos que podrían prestarse para ser comparados con las normas del resto del mundo: los derechos de propiedad, el aborto, el establecimiento de una religión oficial, el derecho a la libre expresión, entre los más notables. Al examinar algunos ejemplos potenciales,¹⁶² se observará cómo los Estados Unidos tiene una posición más abierta y liberal que la de la mayoría de Estados. En el controvertido tema del aborto, por ejemplo, desde que en 1973 la Corte Suprema de Justicia lo protegió constitucionalmente,¹⁶³ numerosos países alrededor del mundo han cerrado filas frente al derecho de una mujer para terminar su embarazo, y los Estados Unidos es uno de los poquísimos que permite el aborto a voluntad, hasta el término de viabilidad.¹⁶⁴ Así mismo ocurre con el derecho a la libertad de expresión, que es protegido de sobremano según la lectura que la Corte le ha dado a la Primera Enmienda. Países en Europa y el resto del mundo son más severos al regular los insultos a

158. *Ibid.*, pp- 122-123.

159. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 69.

160. El profesor Roger Alford no cree que los Estados Unidos estuviese dentro de la minoría al castigar las relaciones sexuales consentidas entre personas del mismo sexo. Según él, los reportes de las organizaciones no gubernamentales Human Rights Watch y Amnistía Internacional – en los cuales se demuestra que la comunidad LGBT continúa siendo abusada sistemáticamente en todo el mundo – son una prueba fehaciente de que la propuesta de sancionar la actividad privada de las personas homosexuales todavía tiene acogida en ciertas partes del mundo. R. Alford, *Op. cit.*, pp. 65-66. Su argumento adolece de una infantil falacia naturalista.

161. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 76.

162. "Potenciales", puesto que en la elaboración de este artículo no se ha hecho una investigación empírica para soportar conclusiones definitivas sobre las prácticas de otras naciones.

163. La famosa y controvertida sentencia que protegió el derecho de una mujer a practicarse un aborto es *Roe v. Wade*.

164. R. Alford, *Op. cit.*, pp. 67-68; Antonin Scalia, *Roper v. Simmons*, citado en: M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* p. 1283.

los símbolos patrios y los líderes nacionales, la propaganda de secesión y las expresiones de odio racial y religioso.¹⁶⁵ Junto con esto, las fuertes garantías procesales brindadas a los acusados en procesos penales¹⁶⁶ y la prohibición de la citada Primera Enmienda para que en el territorio se establezca un credo oficial,¹⁶⁷ hacen inexorable la pregunta de si el derecho constitucional debe alterarse también para constreñir estos derechos.

Sin embargo, se reprocha que la Corte no haya fijado su atención sobre ninguna de estas temáticas, dejando manifiesta su intención de usar las fuentes extranjeras que consulta solamente cuando ellas sirvan para expandir derechos civiles.¹⁶⁸ Cuando el recurso a normas de otras jurisdicciones llevaría a disminuir los derechos de los ciudadanos, a la Corte se le acusa de ser miope. Y más incluso, los enemigos de la práctica pretenden recordarles a los magistrados liberales que un uso permanente de fuentes externas de derecho llevaría, inevitablemente, a ciertas limitaciones en los derechos de la Constitución. Por este motivo coligen que el recurso debe ser frenado, so pena de sufrir las consecuencias de resultados conservadores en el derecho estadounidense.¹⁶⁹

La respuesta contundente a esta crítica debe ser, sin más, que “no importa que el uso de fuentes extranjeras arroje resultados conservadores”.¹⁷⁰ Como defensores de un sistema interpretativo, los jueces – y los académicos – no deben (debemos) estar comprometidos a priori con un uno u otro resultado, por lo cual no debe impartir temor alguno que, en ciertos casos, las normas de otros países puedan restringir ciertos derechos de los Estados Unidos. Concluir que esto es una razón para abandonar la práctica sería equivalente a aceptar que más derechos son siempre mejor para una nación,¹⁷¹ cuando los derechos reconocidos por la legislación de un pueblo deben obedecer a una cuidadosa consideración de sus valores y sus necesidades, no a un simple deseo de acumulación. Algunos derechos merecen ser revisados, en tanto que pueden obedecer a yerros de percepción. La comparación rigurosa con otras jurisdicciones puede servir para comprobar cuáles de los derechos actuales de los Estados Unidos son verdaderamente fundamentales, y cuáles pueden ser reconsiderados. En palabras de un académico, “se debe tomar lo dulce con lo amargo”, de forma que se puedan contradecir, y no únicamente confirmar, las opiniones progresistas.¹⁷² La única objeción a esta formulación, retomando lo dicho, es que no hay motivos para creer que menos derechos o derechos más restrictivos son una consecuencia *amarga*.

Si, en cambio, la acusación toma la forma de que los magistrados solamente se basan en las fuentes de otras naciones para avanzar sus ideales liberales y progresistas – ignorando las que resulten en sentencias conservadoras –, se podría decir que están siendo *sofistas*, según las acusaciones del magistrado Scalia.¹⁷³ En respuesta a esta denuncia pueden

165. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 77.

166. *Ibid.*

167. R. Alford, *Op. cit.*, p. 68.

168. *Ibid.*, p. 67.

169. *Ibid.*, p. 69.

170. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1282.

171. M. Ramsey, *Op. cit.*, p. 77.

172. *Ibid.*

173. “Invocar las leyes extranjeras cuando se ajustan a la propia manera de pensar, e ignorarlas de otro modo, no es decidir racionalmente sino sofistería”. *Roper v. Simmons*, *Op. cit.*

adelantarse tres observaciones. Primero, las citas de fuentes extranjeras hasta el momento han sido esporádicas y no aparecen en todas las decisiones de la Corte, por lo cual, si bien ha sido una práctica que se remonta a los primeros días de la institución, no parece probable que los magistrados que la apoyen, lo hagan para promover sus intereses liberales.¹⁷⁴ De ser esto cierto, sería cotidiano ver referencias a normas de otras jurisdicciones cada vez que un magistrado liberal quisiera promover la defensa de garantías o derechos que estén ausentes en los Estados Unidos. Pero ello no ha sido así. O quizá se deba a que son hipócritas muy poco consistentes, pues uno esperaría que un magistrado con planes de alterar el significado de la Constitución de los Estados Unidos para hacerla más liberal fuera recurrente en sus intentos. Si existe algún grado de hipocresía en el uso de estas fuentes, tal grado no supera la hipocresía normal que puede tener un juez al momento de promover ciertas decisiones. Y es que a los jueces, bien sean conservadores o liberales, capitalistas o socialistas, siempre se les ha acusado de promover intereses políticos concretos. Así que, de nuevo, esta crítica no es distintiva, sino que se queja de la tarea judicial per se.

Segundo, debido a que los críticos conservadores se oponen a las fuentes extranjeras por principio, no les suministran a sus partidarios en la Corte (i.e., los magistrados que asimismo se oponen a la práctica) normas y decisiones de jurisdicciones extranjeras que puedan servir para defender los intereses conservadores.¹⁷⁵ Mark Tushnet se refiere a esta actitud como un “desarme unilateral” por parte de los conservadores,¹⁷⁶ quienes han renunciado inexplicablemente a consultar fuentes de otras latitudes, inclusive si ellas pueden promover sus compromisos políticos. Con esto, los liberales – quienes sí reciben con brazos abiertos las fuentes de otros Estados – tienen todas las cartas, mientras los conservadores se quedan sin ases para sacar al final de la mano. El juez Richard Posner, quien es un ferviente crítico del uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia constitucional – a más de ser un ácido comentarista del derecho estadounidense –, así lo explica: “El magistrado Scalia podría pasar de denunciar la citación de decisiones extranjeras por parte de sus colegas a lanzar su red de manera suficientemente amplia para recoger precedentes que apoyen sus posiciones sobre el homosexualismo, el aborto, la pena capital y el papel de la religión en la vida pública – pues tales precedentes abundan en las cortes alrededor del mundo”.¹⁷⁷ En cierta medida, si es que existen resultados preponderantemente liberales, ellos se deben a la negligencia de los activistas y los jueces conservadores.

Pero en otra medida, estos resultados aparentemente tan tendenciosos se deben a la realidad política de los Estados Unidos en comparación con el resto de los países desarrollados. Como informa *The New York Times*, las cortes constitucionales del mundo son generalmente más liberales que la Corte Suprema de los Estados Unidos.¹⁷⁸ Desde

174. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.* p. 1283.

175. *Ibid.*

176. *Ibid.*

177. Ver Richard A. Posner, “The Supreme Court 2004 Term-Foreword: A Political Court”, *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p.86.

178. A. Liptak, *Op. cit.*, p. 1.

que William Rehnquist se convirtió en Presidente de la Corte en 1986, pasando por el año 2005, cuando le entregó su cargo – tras su muerte – al nuevo Presidente del tribunal, el magistrado John G. Roberts, y hasta hoy, la institución ha estado caracterizada por un dejo conservador. Durante este cuarto de siglo, los intereses del Partido Republicano han dominado las sentencias del alto tribunal, dejando de lado avances que han permeado al resto de las cortes. Así pues, cuando en la actualidad se mira hacia afuera, no es difícil que lo que se encuentre sea liberal – si se le compara con los Estados Unidos. Richard Goldstone, ex magistrado de la Corte Constitucional de Sudáfrica y antiguo jefe acusador para crímenes de guerra de las Naciones Unidas, lo elucida claramente:

Los Estados Unidos probablemente es la democracia más conservadora del mundo entero. La pena de muerte, los asuntos de género, la asistencia social – cualquier tema. Creo que sería justo decir que el miembro más conservador de la Corte Constitucional de Sudáfrica estaría a la izquierda del miembro más progresista de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Entonces, al mirar lo que están haciendo otras democracias, sería mirar hacia la izquierda, no hacia la derecha. Creo que los conservadores en los Estados Unidos están diciendo: ‘No lo hagan, porque obtendremos malas respuestas’.¹⁷⁹

La razón, luego, para que la mayoría de los resultados apunten hacia la izquierda, es que los Estados Unidos lleva casi tres décadas de dominio jurídico conservador. Su historia y su Constitución, como se explicó, reclaman otro camino.

La tercera parte de la crítica a la tarea de los jueces interseca la recién estudiada en cuanto también tiene que ver con los resultados de las sentencias de la Corte, pero contiene un elemento característico que la distingue y merece su consideración por separado: asevera que las opiniones extranjeras se usan como meras decoraciones en los fallos, sin que tengan peso real en la decisión. Un señalamiento de esta clase resultaría absurdo si no se elaborase con más precisión por quienes lo presentan, pues en vez de declarar que las fuentes extranjeras reciben *demasiada* atención por parte de la Corte, se está diciendo totalmente lo contrario: que no tienen ningún peso y que son simples ornamentos.¹⁸⁰ Frente a esta curiosa protesta, cabe señalar que algunos de los magistrados de la Corte que defienden el uso de fuentes extranjeras reconocen que éstas sí tienen peso en sus decisiones.¹⁸¹ Pero el argumento de fondo es que los magistrados utilizan las fuentes extranjeras como maquillaje para cubrir sus propias opiniones y sus valores personales, los cuales pretenden esconder del público general, demostrando falta de responsabilidad y

179. J. Toobin, *Op. cit.*

180. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, pp. 1287-1288.

181. Sandra Day O’Connor, Magistrada, Corte Suprema de los Estados Unidos, “Remarks at the Southern Center for International Studies”, *Página web Southern Center for International Studies*, [en línea], 28 de octubre de 2003, disponible en: <http://www.southerncenter.org/OConnor-transcript.pdf>, consulta: 14 de julio de 2010; R. Ginsburg, *Op. cit.*

cobardía al decidir.¹⁸² Supuestamente se usa la aparente validez de las normas extranjeras para llevar a cabo un tipo de activismo judicial que reemplaza las decisiones democráticas por los valores elitistas de los magistrados.¹⁸³ La sugerencia de los opositores es que los jueces se limiten a dar las razones propias que tengan para cada decisión, sin agregar opiniones de terceros, que no hacen más que empantanar y oscurecer el asunto.¹⁸⁴ Al fin y al cabo, si se rechaza el relativismo moral (como efectivamente se ha hecho), entonces debe colegirse que las preguntas morales tienen respuestas objetivamente correctas, que no dependen de quién las responda o de dónde provenga la respuesta. Así las cosas, es superfluo adicionar opiniones y conceptos de otras jurisdicciones, cuando lo único necesario es dictaminar la verdad en la forma de una decisión que diga, por ejemplo, “la imposición de la pena de muerte a personas con retraso mental está mal”.¹⁸⁵

Para comenzar a desarticular esta embestida, es necesario apuntar en una dirección que ya se ha mostrado: la crítica que asemeja las fuentes extranjeras a máscaras que se usan para cubrir opiniones personales de los jueces es un argumento que puede usarse contra todo tipo de fuentes de la jurisprudencia.¹⁸⁶ Se ha puesto ya de presente cómo los magistrados de la CSJ pueden emplear lo que les plazca en sus escritos, desde textos legales hasta apartes de literatura o prensa. Bajo este entendido, tanto los jueces liberales como los conservadores insertan en sus páginas “decoraciones” que explican más detalladamente sus decisiones, o ilustran con mayor gracia sus opiniones. El punto es que hay una cantidad no determinada de fuentes que se pueden usar en una sentencia para explicar una opinión personal. Si el objetivo es eliminar cualquier referencia que no provenga directamente de los magistrados y que pueda estar cubriendo las opiniones de éstos con la aparente validez de otra fuente, se tendrían que proscribir todas las citas de artículos jurídicos, textos bíblicos, obras musicales o de literatura y, en fin, cualquier palabra que no tuviera origen en la mente del juez. A partir de ahora, según esta idea, el magistrado que escriba una sentencia tendría que ser absolutamente original en sus pensamientos, sin valerse de las palabras o reflexiones de alguien más. Es una tarea digna tan sólo de dioses. Y además es una crítica que no distingue nada diferente acerca del uso de fuentes extranjeras, pues se basa en toda una práctica judicial que incluye muchísimas fuentes más.

El segundo defecto que se puede destacar en esta tesis es que no existe ninguna prueba de ella, y que, hasta el momento, nadie la ha elaborado de manera apropiada.¹⁸⁷ Nadie ha sabido explicar por qué los jueces que deciden con base en motivaciones personales usarían las fuentes extranjeras como camuflaje en unas ocasiones pero no en otras, ni por qué algunos jueces que deciden con base en motivaciones personales usan las fuentes extranjeras para cubrir sus razones, mientras otros jueces que deciden con

182. Richard Posner, *No Thanks, We Already Have Our Own Laws*, citado en: M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, p. 1288.

183. J. McGinnis, *Op. cit.* pp. 325-326.

184. *Ibid.*, pp. 327-328.

185. J. Waldron, *Op. cit.*, pp. 8-10.

186. M. Tushnet, “When Is Knowing Less Better Than Knowing More?”, *Op. cit.*, pp. 1288-1289.

187. E. Posner, C. Sunstein, “The Law of Other States”, *Op. cit.*, p. 176.

base en motivaciones personales no lo hacen. La teoría, por lo menos en su estructura actual, es bastante débil.

Finalmente, para responder a la simplificación moral que pretende buscar respuestas absolutas sin ninguna clase de justificación, se puede contestar con una precisión. El hecho de que una persona rechace el relativismo moral no la convierte en defensora del *Ius Naturalismo*. El derecho es una obra del pensamiento humano, y como tal, precisa de elaboración, diálogo y discusión si pretende alcanzar niveles de validez cada vez mayores. En este sentido, la teoría del *constructivismo ético* habla de una construcción paulatina de los valores y los juicios morales a través de un proceso democrático bastante riguroso.¹⁸⁸ No se trata de rechazar el relativismo moral para luego creer que las respuestas son absolutas sin más, y que no se requiere de trabajo arduo para llegar a ellas. Creer que las verdades son reveladas mágicamente por un ser superior, o que existen en el éter desde el principio de los tiempos para que los escogidos las perciban, es una característica propia del *Ius Naturalismo*, tan desacreditado como el relativismo. Incluso en las ciencias exactas, donde existen verdades objetivas que superan la esfera humana, ningún autor que aspire obtener el respeto de sus pares osaría comunicar sus conclusiones al mundo sin una debida presentación del conocimiento humano sobre la materia. Y si un físico o matemático que ha descubierto una nueva consecuencia de la gravitación planetaria decide publicarla sin ninguna referencia al conocimiento agregado de sus colegas – alegando que busca verdades objetivas –, sería el hazmerreir de la comunidad científica.¹⁸⁹ Según esta crítica, Isaac Newton, al descubrir la Ley de la Gravitación Universal (ésta sí una verdad absoluta del mundo, con independencia de la existencia humana) no hubiese tenido que hacer más que proclamarla ante todos, sin una debida justificación o una rigurosa estructura. Nadie que tenga por lo menos un grado mínimo de interés en la academia pensaría que, bien en las ciencias exactas (como la física y las matemáticas), bien en las disciplinas sociales (de las cuales hace parte el derecho), una afirmación de peso puede hacerse sin justificación. La justificación, la elaboración y la discusión de cada asunto son fundamentales para un juez, y no deben entenderse como simples decoraciones. El hecho de que se citen argumentos de otras latitudes y de otras personas no quiere decir que no se tenga razón en lo que se piensa; es exactamente lo opuesto. Citar a otros es una demostración de humildad, de respeto por el conocimiento humano y de disposición a aprender. No hacerlo es una actitud arrogante, despectiva e ingenua, porque tiene implícita la idea de que no se necesita la ayuda de otros.

188. El constructivismo ético deposita su fe en la razón, y cree de manera particular en el diálogo, en el discurso moral, para arribar al conocimiento humano de forma pacífica y compartida, construyendo la validez de los juicios morales conjuntamente. En esta búsqueda, el procedimiento del discurso moral debe ser público, equitativo, imparcial y transparente. No debe recurrirse a la violencia, el engaño o la amenaza. Además, los argumentos deben proscribir referencias a fuentes arcanas o místicas; deben ser consistentes y carecer de contradicciones; y deben emplear un lenguaje semasiológico. También se deben buscar normas que se puedan universalizar en la forma del imperativo categórico de Kant. Para un argumento completo sobre esta postura, ver Gloria María Gallego García, "Sobre el constructivismo ético", memoria sin publicar, Medellín, 2010.

189. J. Waldron, *Op. cit.*, pp. 8-10.

Conclusión

Tras una cuidadosa examinación de las críticas principales al uso de fuentes extranjeras por parte de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, es dable concluir que dichas objeciones carecen de sustancia y de fundamento. Son, en una palabra, exageradas. Como se ha visto, las protestas se basan en pésimos argumentos históricos (desconociendo descaradamente la historia y creando, en vez, fábulas parcializadas); en inconsistentes posiciones morales y plegarias a la diversidad (validando cualquier tipo de resultado judicial, con la excusa pobre de que cada Estado – por ser único – tiene derecho a defender normas distintas); en débiles razones democráticas y de soberanía (tejiendo una maraña de confusión para ocultar el verdadero sentido de ambos conceptos); y en acusaciones cansadas, injustificadas y faltas de creatividad a la labor de los jueces (tratando de protestar exclusivamente por la práctica, pero evidenciando una típica crítica a toda la actividad judicial).

Las motivaciones de los enemigos de la práctica dejan ver, más bien, un dejo de temor: temor al dominio extranjero, temor al activismo judicial, temor, en fin, a lo desconocido.¹⁹⁰ Es demasiado atrevido aseverar que las decisiones de otras jurisdicciones son totalmente irrelevantes para la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos, pues esta posición se deriva de una falsa dicotomía entre excluir por completo lo externo de la jurisprudencia estadounidense, por un lado, y dejar que lo extranjero controle el significado de la Constitución, por el otro.¹⁹¹ Este artículo ha demostrado claramente que no hay por qué tomar una de tales decisiones extremas. El punto medio, como en otras ocasiones, sería una mejor alternativa. No en vano la templanza es una de las clásicas virtudes cardinales.

Sin embargo, bien sea que los críticos más severos del uso de fuentes extranjeras estén expresando un desacuerdo justificado e imparcial, bien sea que reflejen un temor político (la respuesta dependerá de a quién se pregunte, pero la posición del presente texto está más que sentada), algunos no se salvan de incurrir en dicha metodología – así sea de manera esporádica – y, de paso, en una tremenda incoherencia argumentativa. El “desarme unilateral” de los conservadores no ha impedido que, de cuando en cuando, una de sus figuras icónicas (i.e., el magistrado Scalia) se haga de un arma para intentar defenderse del ala liberal de la Corte.¹⁹² Pero puede que el remedio sea peor que la enfermedad. Recurrir

190. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 82; Carlos F. Rosenkrantz, por ejemplo, escribió lo siguiente en la introducción a uno de sus artículos: “(...) [S]ugeriré que tomar prestado derecho o decisiones judiciales extranjeras es difícil de validar porque, sencillamente, son extranjeros”. C. F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista”, *Op. cit.*, p. 203.

191. G. Neuman, *Op. cit.*, p. 82.

192. El furibundo magistrado Scalia ha empleado fuentes extranjeras para defender sus posiciones en sentencias como *McIntyre v. Ohio Elections Comm’n*, 514 U.S. 334, (1995) (observando que prohibiciones a expresiones anónimas de campaña en países como Australia, Canada y el Reino Unido sugieren que dichas prohibiciones no afectan la democracia); y *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993) (oponiéndose a la jurisdicción extraterritorial del Congreso de los Estados Unidos sobre las actividades en el extranjero de personas acusadas de conductas monopolísticas, aduciendo que “(...) ésta y otras cortes han reconocido frecuentemente que (...) una norma no debe interpretarse en el sentido de que regule a personas o actividades extranjeras, si dicha regulación contraría los principios de derecho internacional”. H. Koh, “International Law as Part of Our Law”, *Op. cit.*, p. 47; V. Jackson, *Op. cit.*, p. 120.

a la práctica que condena con tanta vehemencia cuando le es provechoso, hace relucir el carácter oportunista de sus posiciones. Y, así mismo, le resta fuerza a sus ataques. Incluso en *Lawrence*, es palmario que los magistrados de la Corte que se opusieron al uso de fuentes extranjeras en la decisión (pero apoyaron la sentencia del tribunal de segunda instancia que sostuvo la constitucionalidad de la norma) estaban parados sobre arenas movedizas, pues su postura era francamente vulnerable. En primer lugar, puesto que en la sentencia de segunda instancia¹⁹³ la Corte de Apelaciones de Texas se valió del derecho romano, de Sir William Blackstone¹⁹⁴ y de Montesquieu para llegar a la conclusión de que la civilización occidental creía en regular la conducta homosexual de los seres humanos a través de la acción estatal.¹⁹⁵ En segundo lugar, puesto que el mismo salvamento de voto de la sentencia (escrito por el magistrado Scalia) contenía una referencia a normas extranjeras: Scalia citó un reciente caso canadiense para sugerir que el razonamiento de la CSJ sobre la constitucionalidad de las relaciones sexuales consentidas entre parejas del mismo sexo podría conducir a la protección constitucional del matrimonio homosexual.¹⁹⁶ Con todo, queda demostrado que los conservadores usan las fuentes extranjeras cuando así lo quieren y, principalmente, cuando les conviene.

Del mismo modo, se evidencia un miedo injustificado a la supuesta autoridad de las fuentes extranjeras en el derecho de los Estados Unidos. Pero esta forma de entender el valor de las fuentes extranjeras en las decisiones de la Corte Suprema pierde de vista el verdadero significado que ellas pueden tener a la hora de resolver un caso difícil. Nadie – o por lo menos ninguno de los autores, académicos o magistrados que se han pronunciado en favor de la metodología – cree que las fuentes extranjeras se deben entender en los Estados Unidos como *precedente*.¹⁹⁷ Y es que el precedente, en rigor, es una decisión que tiene peso normativo debido a la autoridad de la corte que la emitió y no debido a las razones que la soportan.¹⁹⁸ En este orden de ideas, el precedente cobra importancia cuando se está en desacuerdo con los fundamentos de una decisión, pero a pesar de ello se acoge la decisión debido a la autoridad de la corte que dictó la sentencia.¹⁹⁹ Ello no ha ocurrido aún en los Estados Unidos y no hay señal alguna de que pueda ocurrir próximamente. Tanto en *Atkins*, como en *Lawrence* y *Roper* – y en las numerosas otras sentencias de la Corte donde se ha empleado alguna fuente extranjera para ayudar con el problema

193. *Lawrence v. State*, 41 S.W. 3d 349 (2001).

194. Sir William Blackstone fue un reconocido jurista y juez británico, autor de "Comentarios sobre las leyes de Inglaterra", una obra clásica del derecho anglosajón, consultada aun hoy en día. Nació en 1723 y murió en 1780.

195. H. Koh, "International Law as Part of Our Law", *Op. cit.*, pp. 50-51.

196. *Ibid.*; G. Neuman, *Op. cit.*, p. 90.

197. *Ver sobre esto*, e.g., S. O'Connor, *Op. cit.*; R. Ginsburg, *Op. cit.*; M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.*; E. Posner, C. Sunstein, "The Law of Other States", *Op. cit.*; E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*; J. Waldron, *Op. cit.*

198. M. Tushnet, "When Is Knowing Less Better Than Knowing More?", *Op. cit.* pp. 1276, 1284. Por este motivo, dentro de la clasificación que hace el profesor Rosenkrantz, es menester ubicar el trato dado a las fuentes extranjeras por la Corte Suprema de los Estados Unidos dentro de los usos *no autoritativos* del derecho extranjero. *Ver sobre esto*, C. F. Rosenkrantz, "En contra de los 'Préstamos'", *Op. cit.*

199. *Ibid.*, p. 1284.

jurídico –, la Corte Suprema ha considerado tanto sus propias razones como las razones de la opinión extranjera para arribar, finalmente, a una decisión informada. Nunca se ha dicho que las decisiones judiciales u opiniones de otras jurisdicciones tengan peso en el sistema jurídico estadounidense sin consideración a las razones que ellas propongan. La base para considerarlas es, precisamente, contar con más y mejor información al momento de dictar una sentencia.

En este sentido, las fuentes extranjeras son mera información y no tienen poder alguno en el territorio estadounidense.²⁰⁰ Es crucial dejar de lado la sinonimia entre *aprender* y *obedecer*, así como entre *informar* y *ordenar*.²⁰¹ El Reino Unido puede suministrarle a los Estados Unidos información empírica y moral sin estar impartiendo una orden; correlativamente, los Estados Unidos – más exactamente la Corte Suprema – puede aprender de esta información para hacer sus decisiones mejores y más acordes a los hechos, sin obedecer la autoridad del Reino Unido. Porque la información provista puede ser entendida como simple información, del mismo modo que se reciben los resultados de un experimento físico en Suiza o un estudio genético en Alemania. Los defensores del uso de fuentes extranjeras señalan que una de sus principales motivaciones para emplearlas es que hay mucho que aprender de las decisiones de otros juristas experimentados que han enfrentado problemas similares.²⁰² La ciencia es una bañista asidua del océano que es la información, en el sentido de que aprovecha el conocimiento agregado de la humanidad para avanzar el desarrollo de sus diversas disciplinas. No hay razón para que el derecho no pueda aprender del mismo modo.

Considérese el caso de una nueva peste o enfermedad infectocontagiosa que está azotando las principales ciudades de los Estados Unidos, dejando miles de muertos y avanzando rápidamente hacia el resto del país. Sería ridículo pensar que porque la enfermedad apareció en los Estados Unidos, las autoridades de salud pública solamente deberían atender a la ciencia norteamericana para resolverla. Todo lo contrario. Se esperaría que los encargados de velar por la salud de la nación mirasen a los más recientes descubrimientos y desarrollos médicos del exterior, en aras de encontrar la mejor cura para la crisis. Se esperaría que considerasen las técnicas y experimentos más vanguardistas para contener la enfermedad, sin importar de dónde provinieran. Se esperaría que indagasen por las conclusiones y estrategias más sólidas, más efectivas y que pudieran servir mejor al pueblo norteamericano. El origen de esta información importaría muy poco.²⁰³ La exigencia sería que los funcionarios de salud buscaran la

200. Ver supra "La soberanía y la democracia".

201. E. Posner, C. Sunstein, "On Learning from Others", *Op. cit.*, p. 1313.

202. S. O'Connor, *Op. cit.*

203. Importaría poco, que no nada, pues el origen de la información – bien sea científica, bien sea jurídica – es relevante en el sentido de que provenga de una fuente confiable. Así como no se daría validez, por ejemplo, a la información científica de un país que no haya aceptado que la tierra es redonda, tampoco se daría credibilidad a la información jurídica de un Estado fascista, tiránico o absolutista. J. Waldron, *Op. cit.* p. 15.

mejor solución para el problema, y la mejor solución se obtendría – con seguridad – al prestar cuidadosa atención al resto del mundo.²⁰⁴

En esta permeabilidad al conocimiento agregado del hombre, el derecho y la ciencia son idénticos. El derecho también puede apreciarse como una disciplina que se nutre de los hallazgos de la humanidad para obtener conclusiones apropiadas a problemas difíciles. Temas como la pena de muerte comportan discusiones importantes (e.g., ponderar los derechos que entran en conflicto) que deben evaluarse juiciosamente. Las soluciones a algunas de las cuestiones más polémicas del derecho se pueden encontrar por medio de un proceso semejante al que produce las teorías de la ciencia. Estas teorías no se presumen infalibles; no se asientan de una vez y por todas, sino que cambian – a veces drásticamente – a través de los años; y siempre existen algunos que se resisten a aceptarlas, a veces sin argumentos, y otras, con razones que cambian el curso de la historia.²⁰⁵

Pero lo que caracteriza a la empresa científica no es sólo una acumulación de conocimiento; es una compleja red de experimentación, de probar y comprobar de nuevo los resultados obtenidos, de elaboraciones mutuas, de correcciones a ideas aceptadas durante siglos, de un riguroso análisis de cada materia, y de construir sobre el trabajo de los demás.²⁰⁶ Las palabras de Sir Isaac Newton son perfectas para describirlo: “Si he podido ver más lejos, ha sido porque me he parado sobre los hombros de gigantes”. Esta frase debería, también, ser pronunciada por quienes se dedican al estudio del derecho. Pues el derecho, como la ciencia, puede entenderse como una disciplina que busca resolver problemas complejos de la existencia humana. Y aquí, precisamente, radica la diferencia clave entre quienes consideran el uso de fuentes extranjeras ilegítimo y legítimo: los primeros creen que esta tarea es una cuestión de voluntad, mientras los segundos la ven como una cuestión de razón. Si uno entiende el derecho como voluntad, las fuentes extranjeras no tienen por qué importar o merecer consideración alguna: son solamente la voluntad de extranjeros, y su voluntad no debe primar sobre la de los estadounidenses. En cambio, si uno entiende el derecho como razón, las fuentes extranjeras servirán para construir un proceso similar al de la ciencia, donde cada elemento sea considerado por su capacidad para revelar información, con la intención de obtener el mejor resultado posible para el problema bajo examen.²⁰⁷

En el futuro, entonces, el uso de fuentes extranjeras debe ser sometido a mayor análisis y sus implicaciones deben ser puestas bajo la lente del microscopio jurídico. Los alcances de este artículo no eran compatibles con una justificación completa y exhaustiva de la práctica. Lo que sí ha quedado claro, sin embargo, es que no hay razones – al menos en este momento – para descartar una práctica tan valiosa en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos.

204. *Ibid.*, p. 13.

205. *Ibid.*, p. 14.

206. *Ibid.*

207. *Ibid.*, p. 16.

