

VERGOTTINI, Giuseppe de: *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* (Prólogo de J. García Roca), Civitas-Thomson, Madrid, 2011, 332 págs.

El profesor Giuseppe de Vergottini, con su habitual finura, se acerca en este trabajo al denominado «diálogo entre tribunales». Un estudio minucioso y de detalle, casi de orfebre, donde el autor exhibe un profundo conocimiento de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los principales países europeos, iberoamericanos, del Tribunal de Justicia de la Unión, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Supremo norteamericano, etc. Y aún añade una amplísima relación de países, algunos habituales en los estudios comparatistas, como Canadá, otros menos familiares aunque de interés muy destacado en el ámbito que nos ocupa, por su carácter peculiar, como Sudáfrica (también de muchos otros países de la *Commonwealth*, que muestran una interesante interacción). Trabajo que cuenta con un excelente prólogo, a cargo del profesor Javier García Roca, y una traducción muy cuidada del profesor Pedro Tenorio Sánchez.

Es bien sabido que fueron tres las disciplinas que en el estudio del Derecho constitucional, hace más de medio siglo, distinguió García Pelayo en su *Derecho Constitucional Comparado*. Por un lado, el Derecho constitucional particular, que tendría como objeto la interpretación y sistematización (en ocasiones la crítica) de las normas jurídico-constitucionales vigentes en un Estado; por otro, el Derecho constitucional general, especie de teoría general del Derecho constitucional democrático-liberal. Entre uno y otro, el Derecho constitucional comparado, cuya misión sería el estudio teórico de las normas jurídico-constitucionales (no necesariamente vigentes) de varios Estados, preocupándose de destacar las singularidades y los contrastes entre ellos o entre grupos de ellos. La diferencia entre el segundo y el tercero la cifraría en el hecho de que mientras el Derecho constitucional general queda preocupado de las notas generales y comunes, convirtiéndose en una teoría general del sistema, el Derecho constitucional comparado lo hace de los grupos jurídico constitucionales en su singularidad y contraste frente a otros grupos. En palabras de Sánchez Agesta, en un trabajo posterior (*Derecho Constitucional Comparado*), la misión del Derecho constitucional comparado estriba en informarnos de las analogías y variedades de la organización política de los diversos pueblos y del perfil del proceso histórico en que están comprendidos, para ayudar a formar nuestra conciencia del mundo contemporáneo y entender los reflejos en cada pueblo de la ineludible unidad de la historia política mundial. Una disciplina, como apunta Pegoraro («Concepto y método del Derecho constitucional comparado, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, VVAA, 2000), que hubo de esperar al siglo XIX para asumir la cualidad de un método científico o de una rama especial de la ciencia jurídica. Y que se ha visto acompañada, obvio es señalarlo, del correspondiente debate sobre su naturaleza; ciencia o método. En todo caso, su configuración como ciencia y la construcción de una teoría general de Derecho comparado, destaca Salvador Martínez («Derecho constitucional comparado en el contexto de la integración supranacional y la globa-

lización», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, 2008), no resulta incompatible con su consideración como método auxiliar a otras ciencias: las diferentes disciplinas jurídicas, tanto de Derecho público como de Derecho privado, han utilizado y utilizan el recurso a la comparación como medio para lograr sus propios objetivos. La utilidad del uso del Derecho comparado (en macrocomparaciones o microcomparaciones, J. Constantinesco, *Traité de Droit Comparé*, 1974), con sus problemas (función, objeto y método; esto es, para qué, qué y cómo), queda fuera de toda duda, si bien debe hacerse con criterio y sin adoptar acríticamente determinadas categorías que pueden tener sentido y aplicabilidad en unos ámbitos mas no en otros; las razones pueden ser variadas, particularidades sociales, culturales, geográficas, etc. Es evidentemente una herramienta indispensable en nuestra sociedad globalizada, donde las transformaciones de los elementos fundantes del constitucionalismo son tan acusadas en el seno de poderosos procesos de integración. Estado y soberanía, tal y como se entendían antaño, se han visto sobrepasadas a lo largo de todo este proceso. Estaríamos en el marco de la «función de auxilio a la armonización y unificación normativas» de la que nos hablara el propio De Vergottini en el núm. 19 de esta misma revista («Balance y perspectivas del Derecho constitucional comparado»). Recordemos que ya Biscaretti di Rufia (*Introduzione al Diritto Costituzionale comparato*, 1969) apuntaba ésta como la cuarta y última finalidad del Derecho constitucional comparado.

Utilidad en muchos campos, por supuesto; mas singular interés tiene evidentemente en el objeto del trabajo aquí recensionado (diálogo entre tribunales; comparación y relación entre jurisdicciones), como auxilio a la interpretación. La recepción, cuando se produce en este ámbito, como veremos, puede citarse de forma expresa o no —en nuestro entorno más cercano el *Conseil Constitutionnel* puede servirnos de ejemplo para este segundo supuesto— (un planteamiento general sobre este punto puede verse en Maus, D., «Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 80, 2009). Y un ámbito, por irnos a un ejemplo de corte de tendencia aislacionista —recuérdese las críticas vertidas desde algunos sectores tras la apertura que supuso la *STS Lawrence v. Texas*—, en el que todavía resuena el debate mantenido hace ya un lustro por los magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Scalia y Breyer, sobre la necesidad o no del uso en casos constitucionales de jurisprudencia extranjera. Un debate, recordemos, articulado sobre la base de varias cuestiones. Se planteaba así en el curso del mismo, por ejemplo, si al hablar del uso de precedentes de tribunales foráneos en los casos constitucionales se acotaba a los de Derecho constitucional o qué ocurría, en su caso, en los supuestos de interpretación de tratados; y si al hablar de ese uso o recurso, se hacía para atribuir una fuerza vinculante. A ello se añadía el interrogante adicional de si para el caso de no considerárseles precedentes, ¿al menos podrían entenderse en sentido de que los Estados Unidos mantienen o comparten una moral y un marco jurídico con el resto del mundo? Si esto fuera así, ¿ello se produciría para reforzar la legitimidad de una decisión dentro de Estados Unidos o para reforzar la legitimidad de una decisión *ad extra*? (una reseña en castellano sobre este debate puede verse en el núm. 88 de esta revista, Legarre, S.; Orrego, C., «Los usos del Derecho constitucional comparado y la

universalidad de los derechos humanos»; también un breve apunte en Brito, R., «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret*, núm. 2, 2010). En el caso contrario, nos encontraríamos el ejemplo de Suráfrica sobre la base de la expresa e insólita previsión constitucional contenida en su artículo 39 sobre la interpretación de su carta de derechos, que habilita la toma en consideración del derecho extranjero en orden a promover los valores de una sociedad democrática y abierta (en este punto, véase, García Morelos, G., «La Corte Constitucional de Sudáfrica y los derechos fundamentales», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, 2007).

El autor del trabajo aquí recensionado se plantea como primera providencia de su estudio el análisis del propio presupuesto del mismo: la noción de «diálogo». Una cuestión sobre la que existe una extensísima literatura sobre la materia (muy recientemente puede verse sobre esta cuestión, Burgorgue-Larsen, L., «La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial», *Derecho Constitucional Europeo*, Ugartemendía Ezeizabarrena, J.; Jáuregui Bereciartu, G., Civitas-Thomson, Madrid, 2011), gran parte de la cual apenas si se lo plantea dándolo por supuesto, en los últimos años. El autor hace su primera parada aquí. Ello desde la duda que le asalta porque, sin negar que en las relaciones entre los ordenamientos «circulan significativos flujos de información en cuanto a los pronunciamientos emitidos por los distintos órdenes judiciales», quizá no resulte la expresión más adecuada para encajar este fenómeno. Puede que más bien nos encontremos ante la evocación de un «fetiche retórico» que no hace sino «esconder improvisaciones comparatísticas a menudo carentes de fundamento y, en todo caso, científicamente impropias». Nos hablará así de un lugar común difundido, la existencia de un diálogo entre tribunales y el recurso a la comparación, por más que científicamente discutible. Como irá apuntando poco a poco: muchas cosas diferentes bajo una misma rúbrica.

Desde ese presupuesto y esa duda irá desenredando diferentes cuestiones como la existencia de espacios culturales comunes, los supuestos diálogos o el recurso al derecho extranjero o la comparación.

El primero de los grandes bloques, bajo la rúbrica «Del espacio cultural común al supuesto diálogo entre tribunales», es una excelente labor de enfrentamiento a ese mito del diálogo.

Diálogo en el que primero habría que precisar los sujetos del mismo y las relaciones articuladas a su cobijo, horizontales o verticales. En aquel caso nos encontraríamos como bien señala ante conexiones entre diferentes tribunales nacionales, en éste a la relación entre tribunales nacionales con tribunales supranacionales. Y desde esa relación ya se enfrenta a las eventuales respuestas que va encontrando desde su análisis; diálogo directo o indirecto o, por el contrario, meros monólogos.

El autor anticipa desde un primer momento su convencimiento de que sólo en hipótesis circunscritas cabría hablar de diálogo. En el resto de supuestos nos encontraríamos sólo ante un mero recurso a la comparación. La idea del espacio cultural común, con la aproximación de opciones constitucionales y superación de barreras ideológicas, el impulso a una cierta homologación recíproca de las jurisprudencias constitucionales e

internacionales, sería parcialmente cierta en la realidad europea o en países históricamente vecinos, aunque sería mucho más compleja fuera de un circuito eurocéntrico.

Cosa diversa, como destaca, sería el ámbito de la protección de los derechos pues «aquí, al menos desde un punto de vista formal, parecen subsistir los presupuestos de uniformidad que podrían asegurar el diálogo. En efecto, ningún Estado, por lejano de la concepción de la persona y de sus derechos típica del Estado constitucional liberal-democrático, podría apriorísticamente negar la influencia (sufrida) en las opciones de fondo de la Comunidad internacional». Obligada referencia en este punto, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es el reconocimiento por parte del TEDH del principio de margen estatal de apreciación (sobre esta cuestión, y en esta misma colección de cuadernos Civitas, puede ver el reciente trabajo de J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, 2010; en palabras de este autor con el espacio jurisdiccional europeo nos encontramos ante un «gran crisol de experiencias jurídicas muy variadas: un estupendo laboratorio sobre derechos» —en este punto véase también el detallado trabajo de A. Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, 2008)—. Y al hilo de todo ello quizá convenga también traer a colación la Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea en la que, recordemos, tras destacarse que la Conferencia convenía que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preservaren las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión, apuntaba que en tal contexto «la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio»; como apuntó Bustos Gisbert, es posible que a medio plazo «el ingreso de la Unión en el CEDH genere la revisión (expresa o jurisprudencial) de aquellas normas y procedimientos comunitarios que han dificultado la protección de derechos fundamentales o que han bordeado los límites de tales derechos» («TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, VVAA, 2010). Lo que en todo caso es claro, es que la esperada adhesión contribuirá a la estabilización de las relaciones interordinamentales en el espacio europeo (L. I. Gordillo Pérez, «Un paso más hacia la estabilización de las relaciones interordinamentales en Europa: la incorporación de la UE al CEDH», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 38, 2011).

Abordará en este capítulo dentro de las relaciones entre los tribunales nacionales e internacionales, el efecto directo, la cuestión prejudicial, el vínculo de adecuación, el reconocimiento de la discrecionalidad estatal, el control de la convencionalidad o la interpretación conforme. De forma más específica y desembarcando en diferentes ámbitos, las tensiones entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión, las relaciones con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

El segundo de los bloques del trabajo aborda el Derecho extranjero y la comparación. Como certeramente señala el autor, la situación actual de relación entre los ordenamientos «es propicia a lo que se ha definido como una apertura hacia lo externo».

Ahora bien, aquí también nos encontraríamos a juicio del autor ante un segundo mito en nuestra literatura jurídica: el supuesto recurso generalizado a la comparación. Habría que diferenciar *prima facie* entre el recurso a precedentes de jueces de otro ordenamiento y, de otro lado, el recurso a la comparación: «sólo es apropiado hablar de comparación cuando el proceso interpretativo y de toma de decisión permita determinar que el razonamiento comparativo es intrínseco a la *ratio decidendi*». Y no un mero apoyo de las decisiones como suele ser habitual, pues hay «abundancia de casos que podemos adscribir al llamado recurso al Derecho externo, cuando el juzgador enriquece el pronunciamiento citando Derecho y sentencia de otros, y de casos en que resulta evidente que la cita es considerada útil para reforzar la fuerza persuasoria de la sentencia». Son así extraños los supuestos en que «de la cita meramente a mayor abundamiento o de la cita orientada a atribuir mayor consistencia y fuerza persuasiva, se pase a una profundización cuidada que demuestre que el juez se ha basado en el Derecho extranjero y en su análisis comparativo para formar la decisión propia». Citábamos *supra* el caso de Sudáfrica y la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional; de gran interés sería el caso sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la pena de muerte en la sentencia *The State v. Makwanyane*, bien conocida por todos.

En el caso de los tribunales internacionales habría de hacerse una segunda precisión con relación a su jurisprudencia, ya que aunque común es la afirmación del recurso a la comparación, lo cierto es que «estos jueces suelen moverse con plena discrecionalidad, utilizando el Derecho de los Estados miembros que se revele más adecuado para resolver los casos sometidos a los mismos»; y, asimismo, la búsqueda en la normativa o jurisprudencia de los diferentes ordenamientos suele hacerse en la fase previa provocando que en las resoluciones sólo se encuentren de forma habitual referencias indirectas. Existen, no obstante, resoluciones de interés en las que el principio de resolución del caso se realiza sobre la base de la comparación de los derechos estatales. El autor nos ofrece interesantes ejemplos de ellos en el trabajo. También de la selectividad en la utilización de los precedentes o del rechazo expreso de los diálogos, puntual o generalizado.

No es posible en estas breves pinceladas ofrecer una panorámica siquiera esquemática de todos los puntos abordados en el trabajo, de precisión y orfebre como apuntábamos al comienzo de estas notas. La misión es lógicamente más modesta pero quieren servir de invitación al posible lector a zambullirse en trabajo serio y riguroso y en el que, junto a una reflexión dogmática de calado, nos encontramos un abundantísimo manejo jurisprudencial en ocasiones abrumador y que sin duda nos permite aproximarnos sobre bases sólidas al llamado diálogo de tribunales así como a ciertos mitos contruidos a su cobijo.

Fernando Reviriego Picón

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia