



**Universidad de San Andrés**

**Departamento de Derecho**

**Trabajo de graduación de la carrera de Abogacía**

***ANÁLISIS Y PROBLEMATIZACIÓN DE LOS “PRÉSTAMOS  
CONSTITUCIONALES”***

**Autor: Matías Toselli**

**Nro. de legajo: 28210**

**Director de tesis: Patricio Nazareno**

**Victoria, 5 de julio de 2021**



**Universidad de San Andrés**

Departamento de Derecho

Trabajo de graduación de la carrera de Abogacía

**ANÁLISIS Y PROBLEMATIZACIÓN DE LOS  
“PRÉSTAMOS CONSTITUCIONALES”**

**Autor:** Matías Toselli

**Nro. de legajo:** 28210

**Director de tesis:** Patricio Nazareno

Victoria, 5 de julio de 2021

**A mi familia,**

por su apoyo incondicional.

**A Patricio,**

por enseñarme a ver de forma clara lo complejo.

**Y a la Universidad de San Andrés,**

por transmitirme su compromiso con la búsqueda del conocimiento.



Universidad de  
**San Andrés**

## **Resumen**

La utilización de materiales jurídicos foráneos por parte de los jueces es una práctica largamente difundida en diversos Estados. Pese a dicha tendencia, no deja de ser un fenómeno que trae aparejados ciertos riesgos, muchas veces ignorados al momento de definir su utilización. En este marco, el presente trabajo sistematiza las diferentes categorías de usos del derecho constitucional foráneo en el marco de una sentencia judicial y se propone evaluar las tensiones jurídicas de cada una de ellas. Este enfoque permitirá establecer en qué condiciones el recurso a leyes o decisiones judiciales extranjeras podría llegar a estar permitido y cuándo debería ser evitado a toda costa.

## **Palabras clave**

Derecho constitucional comparado – fuentes jurídicas extranjeras – préstamos constitucionales – préstamos autoritativos – préstamos no autoritativos.



Universidad de  
**San Andrés**

## Tabla de contenidos

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
II.	HACIA UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRÉSTAMOS CONSTITUCIONALES.....	8
	A. Préstamos autoritativos .....	10
	i. Autoridad genealógica .....	14
	ii. Autoridad técnico-moral .....	17
	iii. Autoridad por reenvío .....	21
	B. Préstamos no autoritativos.....	25
III.	PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS PRÉSTAMOS CONSTITUCIONALES ..	30
	A. Objeciones a los préstamos autoritativos .....	31
	i. Objeciones a la autoridad genealógica.....	33
	ii. Objeciones a la autoridad técnico-moral .....	35
	iii. Objeciones a la autoridad por reenvío .....	38
	B. Objeciones a los préstamos no autoritativos.....	41
	i. Riesgos metodológicos .....	42
	ii. Riesgos de complejidad .....	46
	iii. Riesgos para la autoridad del juez .....	49
IV.	CONCLUSIONES .....	53
	BIBLIOGRAFÍA.....	54

## I. INTRODUCCIÓN

El recurso a los materiales jurídicos de otros países al momento de tomar decisiones judiciales de carácter interno es una práctica antigua, que ha sido llevada a cabo por los jueces de múltiples Estados.<sup>1</sup> Entre otros países, la Argentina ofrece una particularmente larga tradición de uso —y abuso— del derecho extranjero por parte de sus tribunales. A través de los años, los jueces argentinos han visto en algunos ordenamientos constitucionales foráneos una fuente de inspiración y, aun, de autoridad para la aplicación de normas jurídicas en el contexto interno.

A los fines de ilustrar este fenómeno, y en seguimiento de cierta tendencia entre los autores en relación con el uso de metáforas, recurriré a la noción de “préstamo”.<sup>2</sup> Así, tal como los entiendo a lo largo del escrito,<sup>3</sup> los préstamos son aquellos usos de materiales jurídicos foráneos (principalmente de sentencias y disposiciones normativas extranjeras) en el marco de decisiones judiciales por parte de jueces locales.<sup>4</sup> Dentro de esta práctica, con el

---

<sup>1</sup> Ver, por ejemplo, Vicki C. Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review* 119, Nro. 1 (Noviembre 2005): pp. 111-112; Gyan Basnet, “A Critical Approach to the Study of Constitutional Migration”, *Cambridge Student Law Review* 4, Nro. 1 (2008): p. 40; Joao Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, *Revista Direito & Práxis* 7, Nro. 15 (2016): p. 116.

<sup>2</sup> La utilización de metáforas para describir la práctica de emplear materiales foráneos es un hecho recurrente en la doctrina. Dicha tendencia ha dado lugar a la llamada “batalla de las metáforas” [Vlad Perju, “Constitutional transplants, borrowing, and migrations”, *Legal Studies Research Paper Series, Boston College Law School* 254 (10 de enero 2012): pp. 7-8]. Dentro de las metáforas empleadas con mayor frecuencia por los autores, se encuentran: trasplantes, difusiones, préstamos, circulación, migración, fertilización cruzada (cross-fertilization), transferencia, recepción. Para mayor información sobre las diferencias entre cada una y los usos que se les han dado, ver Lucio Pegoraro, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, eds. Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García (México: Tirant Lo Blanch México, 2013), pp. 36-39.

<sup>3</sup> Pese a su difusión, es importante tener en cuenta que no existe un consenso entre los autores con respecto al sentido y alcance de la noción de “préstamo”. Comparar Matthew D. Adler, “Can Constitutional Borrowing be Justified--A Comment on Tushnet”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1, Nro. 2 (Otoño 1998): pp. 350-351 (utilizando la idea de “préstamo” para referirse a la copia de instituciones u otros elementos jurídicos extranjeros) con Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 6, Nro. 1 (2005): p. 62 (empleando la palabra “préstamo” para describir la decisión de un juez de incorporar materiales foráneos a su sentencia).

<sup>4</sup> Una definición similar de esta práctica es otorgada por diversos autores. Ver, por ejemplo, Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 120. Sin perjuicio de la claridad aportada por la metáfora y la difusión alcanzada en el plano comparado, se debe reconocer que es susceptible de recibir algunas críticas. A modo de ejemplo, a diferencia de lo que sucede en los préstamos de la vida cotidiana, aquí no existe una manifestación de consentimiento por parte de todos los involucrados ni tampoco el objeto prestado permanece inalterable. Pese a ello, la metáfora aún reviste cierto

objetivo de resolver ciertas cuestiones constitucionales domésticas,<sup>5</sup> se contempla que los tribunales puedan hacer uso tanto de fuentes jurídicas provenientes de países específicos como de aquellas que surgen de la comunidad internacional (a nivel global o regional).<sup>6</sup>

Ahora bien, la aparición de los préstamos constitucionales en el territorio argentino no ha sido fortuita, sino que puede ser vista como el resultado o la secuela de un largo proceso de emparentamiento con culturas jurídicas foráneas. En efecto, la influencia de los ordenamientos extranjeros sobre el pensamiento jurídico argentino tuvo sus primeras manifestaciones en los periodos previos a la sanción de la primera Constitución, cuando varios de los principales políticos e intelectuales de la época señalaban la necesidad de utilizar como guía los modelos vigentes en otros países.<sup>7</sup> Más allá de las diversas opiniones acerca de la manera en que aquello debía llevarse a cabo,<sup>8</sup> todas coincidían en que era necesario cierto acercamiento a los modelos extranjeros para alcanzar el anhelo de la joven nación: el progreso. Dicha voluntad se vio fielmente reflejada en el texto final de la primera

---

valor ilustrativo. Ver Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 120.

<sup>5</sup> El presente trabajo se encuentra enfocado en los usos del derecho foráneo por parte de los jueces al momento de definir una determinada cuestión constitucional. Aun cuando algunas de las conclusiones puedan ser extrapolables, es necesario ser cautos al momento de aplicarlas a los préstamos que se producen en el marco del derecho privado, en virtud de algunas características específicas de este último. Ver, por ejemplo, Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, nota al pie nro. 60, p. 84 (analizando las características del derecho privado que lo diferencian del derecho constitucional); Perju, “Constitutional transplants, borrowing, and migrations”, p. 20.

<sup>6</sup> La diferencia entre derecho extranjero y derecho internacional es relevante a los fines del análisis de los diferentes usos del derecho foráneo, pero sus efectos concretos se hallan limitados a ciertos supuestos: Ver Cheryl Saunders, “Judicial engagement” en *Comparative Constitutional Law*, eds. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011), p. 572; Eric A. Posner y Cass. R. Sunstein, “The Law of Other States”, *Stanford Law Review* 59 (2006): p. 165. Por ello, se ha optado por partir de una posición genérica, con la posibilidad de hacer distinciones en casos particulares.

<sup>7</sup> Ver Juan Bautista Alberdi, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, *Obras Completas*, Tomo V (Buenos Aires, 1886), p. 148; Domingo Faustino Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853* (Buenos Aires: Editorial Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso, 1929), p. 55.

<sup>8</sup> Juan Bautista Alberdi, por una parte, promovía una adopción pragmática de elementos jurídicos foráneos, sin perder de vista las particularidades de la idiosincrasia argentina. Por tal motivo, afirmaba que toda importación de las instituciones extranjeras debería adaptarse a las condiciones del medio, a los fines de asegurar su eficacia (Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, pp. 139-144). Por su parte, Domingo F. Sarmiento impulsaba una adopción pura y dura del derecho constitucional de los Estados Unidos, como única vía para poder imitar su desarrollo político y económico (Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina de 1853*, p. 55).

Constitución Nacional, que fue muy receptivo de la cultura constitucional de los Estados Unidos, pero que también incorporó rasgos provenientes de otros países y tradiciones.<sup>9</sup>

Pasada esta etapa inicial, y en lo que aquí nos interesa, la mencionada devoción por lo foráneo se traspasó a los tribunales. Fue así que, en las décadas posteriores a la sanción del primer texto constitucional, el derecho estadounidense se consolidó como una autoridad “talismánica” para los jueces argentinos al momento de interpretar su propia Constitución.<sup>10</sup> En diversas sentencias judiciales es posible apreciar cómo lo dispuesto por autoridades extranjeras, en contextos incluso ajenos al nuestro, puede servir como una razón jurídica para resolver una cuestión constitucional en tal o cual sentido. Aun cuando dicho enfoque perdió fuerza con el pasar de los años, la cita y referencia a materiales jurídicos extranjeros en las sentencias se mantiene vigente, y resulta raramente cuestionada.

Teniendo en cuenta la larga tradición de la Argentina al respecto y su tendencia a buscar soluciones a conflictos jurídicos más allá de sus propias fronteras, es importante brindar claridad sobre los riesgos que ello conlleva.<sup>11</sup> En este contexto, a partir del estudio de la práctica de los tribunales argentinos y los desarrollos doctrinarios previos, me propongo sistematizar y analizar el recurso a fuentes jurídicas extranjeras por parte de los jueces. Como tesis principal, sostengo que la utilización de materiales foráneos resulta una práctica riesgosa que, en el mejor de los casos, debe ser llevada a cabo con cautela.

Con todo ello en mente, el análisis procederá de la siguiente manera. En la Sección II, brindaré algunas precisiones teóricas adicionales sobre el concepto de “préstamo

---

<sup>9</sup> Ver Martín Böhmer, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009), pp. 1095-1096 (describiendo la influencia que han tenido múltiples ordenamientos, más allá del estadounidense, sobre la redacción final de la Constitución argentina).

<sup>10</sup> Jonathan M. Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, *AM. U. L. Rev.* 46 (1997).

<sup>11</sup> A pesar de los desarrollos teóricos sobre el tema que se produjeron en otros países, en la Argentina no se ha experimentado el mismo fenómeno. Con excepción de algunas obras de gran valor, el estudio de la cuestión por parte de académicos argentinos se ha llevado a cabo de manera difusa y ha sido abordado de forma tangencial en el marco del estudio de temas jurídicos más generales.



constitucional”. Asimismo, para alcanzar una mejor comprensión del fenómeno, propondré una tipología de la práctica en sí, en atención a la experiencia pasada de tribunales argentinos y de otros países. En la Sección III, analizaré y desarrollaré en profundidad los problemas jurídicos a que se enfrentan cada una de las categorías de “préstamos”. Dado que las críticas o defensas del uso de materiales foráneos suelen corresponderse con metodologías de interpretación constitucional determinadas;<sup>12</sup> el presente trabajo buscará mantenerse objetivamente distante de cualquier corriente de interpretación jurídica, de forma tal que sus conclusiones sean aplicables a todas ellas. Finalmente, en la Sección IV, esbozaré algunas conclusiones generales y sugeriré cuáles deben ser los recaudos a tener en cuenta, de ahora en más, antes de recurrir al derecho foráneo.

## II. HACIA UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRÉSTAMOS CONSTITUCIONALES

Entrando de lleno en el análisis de los préstamos, recordemos que se trata de la utilización que hacen los jueces de materiales jurídicos foráneos, en el marco de una sentencia judicial, a los fines de resolver un problema constitucional. Para mayor claridad, vamos a detenernos en los tres elementos que conforman esta definición: sujeto que lleva a cabo el préstamo, objeto del préstamo y acción de tomar prestado.

Comenzando por el primero, en estos supuestos, quien “toma prestado” el derecho ajeno es el juez, a los fines de darle un determinado lugar dentro de su argumentación jurídica. A diferencia de lo que sucede en otros usos del derecho foráneo,<sup>13</sup> los préstamos

---

<sup>12</sup> Ver Youngjae Lee, “International Consensus as Persuasive Authority in the Eighth Amendment”, *University of Pennsylvania Law Review* 156, Nro. 1 (noviembre 2007): p. 68.

<sup>13</sup> Dentro de una comunidad jurídica, las autoridades locales pueden utilizar de diversas formas el derecho foráneo. A grandes rasgos, la utilización de materiales extranjeros por parte de jueces se contraponen con aquella que lleva a cabo el legislador. Si bien esta distinción ha sido inicialmente propuesta por el ex juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos hace muchos años, sigue siendo de utilidad para poder diferenciar dos tipos de prácticas completamente diferentes [Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *Printz v. United State*, 521 U.S. 898 (1997), voto principal redactado por el juez Antonin Scalia, p. 921]. Debido

son una práctica propia de operadores que no están directamente involucrados en la tarea de creación de normas o diseño institucional, sino que se trata de una herramienta utilizada dentro de la tarea más genérica de la adjudicación de un conflicto. Asimismo, la autoridad que emplea el material extranjero no goza de legitimidad democrática y, al menos en principio, no se encuentra sujeta a demandas políticas por parte de un electorado.

En cuanto al objeto del préstamo, este puede estar constituido por cualquier material jurídico de origen foráneo: sentencias, resoluciones, leyes y disposiciones normativas en general.<sup>14</sup> Lo importante en este punto es que se trata de elementos que se originan y gozan de autoridad en un ordenamiento extranjero ajeno al local. En otras palabras, no son decisiones que tengan su origen en autoridades que integren el sistema institucional nacional;<sup>15</sup> aun cuando, por motivos que veremos luego, el juez considere que poseen cierto carácter autoritativo.<sup>16</sup> Si se tratase de materiales originados por instituciones propias, no estaríamos hablando de un préstamo constitucional.<sup>17</sup>

Por último, en lo que respecta a la acción en sí, el empleo que hace el juez de materiales foráneos tiene un carácter relativamente efímero y acotado. Lo que se toma prestado no se incorpora permanentemente al ordenamiento jurídico nacional, sino que sus

---

a las características propias de cada categoría, es importante tener en cuenta que las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo solo son aplicables a los usos de elementos foráneos por parte de los jueces, mas no resultan extrapolables a aquellos usos con fines de diseño institucional, los cuales se ven sujetos a sus propios problemas.

<sup>14</sup> Los materiales jurídicos susceptibles de ser prestados abarcan todo tipo de fuente foránea, como sentencias de órganos jurisdiccionales, disposiciones constitucionales o normativas legales. Ver Andrade Neto, "The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies", pp. 120-121.

<sup>15</sup> A modo de ejemplo, cuando los jueces argentinos aplican las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos contra la Argentina, no se trata de un préstamo constitucional. Ello en virtud de que la Corte Interamericana, aun cuando se trate de un órgano parcialmente ajeno a la esfera local, goza de autoridad en la Argentina para dictar ciertas decisiones. Por ende, el cumplimiento de sus sentencias, al menos de aquellas dictadas en casos en que se encuentra involucrada la Argentina, no constituye un préstamo propiamente dicho, sino que es meramente la aplicación de derecho propio.

<sup>16</sup> Ver § II.A.

<sup>17</sup> Queda por verse, en futuros trabajos, si lo expuesto en el presente estudio podría ser aplicable a nivel interno en aquellos países organizados a partir de un sistema federal. En concreto, resulta una cuestión interesante si lo aquí analizado podría extrapolarse a la práctica de los jueces de una provincia que deciden utilizar materiales originados en otra.

alcances se circunscribirán a la decisión judicial en que son empleados.<sup>18</sup> Así, en líneas generales, la función del préstamo es cubrir un espacio dentro del contenido de la sentencia, en atención a cierta falta de previsión normativa o a problemas asociados a la textura abierta del texto constitucional, que dificultan su aplicación a casos concretos.<sup>19</sup>

En este marco, una vez definido el alcance de la expresión “préstamo”, cabe reconocer que no todo lo que se toma prestado responde a una misma dinámica. En este sentido, la manera en que un juez emplea un material ajeno a su propio ordenamiento varía en función del grado de autoridad que el operador jurídico le reconoce al material en cuestión. En otros términos, no es lo mismo que un tribunal se perciba obligado a recurrir al derecho extranjero, porque este representa algún tipo de autoridad en relación con su propio ordenamiento; a que un juez recurra a fuentes foráneas, a sabiendas de que no poseen un valor vinculante.<sup>20</sup> En virtud de lo expuesto, los préstamos pueden clasificarse en dos categorías: préstamos autoritativos y no autoritativos.<sup>21</sup> Observemos, a continuación, más en detalle cada una de ellas.

### A. Préstamos autoritativos

Ingresando a la primera categoría de nuestra tipología, los préstamos autoritativos son aquellos en los que el derecho foráneo resulta jurídicamente vinculante para el juez

---

<sup>18</sup> Este carácter concreto de los préstamos puede ser puesto en duda, razonablemente, en aquellos países en que se aplica la obligatoriedad de los precedentes judiciales.

<sup>19</sup> Como veremos más adelante, existen situaciones en que el recurso a los préstamos resulta meramente accesorio de la decisión judicial y, por ende, no hace a su contenido sustantivo. Sin perjuicio de ello, también deben ser tenidos en cuenta dentro del espectro de herramientas que utilizan los jueces al momento de fundar sus sentencias.

<sup>20</sup> La clasificación expuesta a continuación ya ha sido empleada por otros autores. Ver, por ejemplo, Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”; Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 125-126 (diferenciando entre préstamos necesarios y voluntarios).

<sup>21</sup> Esta clasificación ha levantado algunas críticas, debido a la dificultad por momentos para diferenciar entre préstamos autoritativos y voluntarios (Ver, por ejemplo, Cheryl Saunders, “Judicial engagement”, p. 581). Sin embargo, consideramos que sigue siendo útil a los fines de evaluar los aspectos jurídicos de los préstamos. En todo caso, será una tarea adicional poder distinguir cada tipo de préstamo en el caso concreto y, eventualmente, exigir mayor sinceridad a los jueces al momento de recurrir a esta práctica.

local. En estos supuestos, de la misma forma en que un tribunal está obligado a decidir tomando en cuenta los materiales legales de origen nacional, también debe observar lo promulgado o decidido en determinados sistemas extranjeros.

Así, los préstamos autoritativos parten de la base de que existen razones jurídicamente vinculantes para que los jueces tengan en consideración el derecho extranjero al momento de dictar una sentencia.<sup>22</sup> Aun tratándose de materiales que no han sido evaluados o aprobados de forma alguna por los órganos políticos del Estado; de todas formas, deberán ser aplicados, o al menos considerados, por los órganos judiciales locales.

Por motivos lógicos, la tendencia moderna entre los autores tiende a negar rotundamente la existencia de estos préstamos, aludiendo que ningún juez llegaría a conceder carácter autoritativo a decisiones foráneas.<sup>23</sup> Sin embargo, la experiencia jurisprudencial pasada nos muestra lo contrario, al ofrecernos ejemplos en que los jueces han buscado autoridad jurídica en materiales extranjeros.

Como ejemplo paradigmático dentro del ordenamiento argentino, en la causa *Sojo*,<sup>24</sup> la Corte Suprema declaró inadmisibile una acción de *habeas corpus* con deferencia exclusiva a la interpretación expuesta en la jurisprudencia estadounidense, principalmente en el caso *Marbury v. Madison*.<sup>25</sup> A pesar de que existía una ley del Congreso argentino que expresamente la habilitaba a atender el reclamo en instancia originaria,<sup>26</sup> la Corte resolvió que carecía de facultades para ello, en tanto no encuadraba en los supuestos previstos por

---

<sup>22</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 72.

<sup>23</sup> Austen L. Parrish, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law”, *University of Illinois Law Review* 2007, Nro. 2 (2007): p. 649.

<sup>24</sup> Ver CSJN, *Eduardo Sojo por recurso de Habeas Corpus*, Fallos: 32:120 (22 de septiembre de 1887). En dicha oportunidad, con motivo de la publicación de un dibujo presuntamente difamatorio de un diputado nacional, la Cámara de Diputados ordenó la detención del editor del periódico involucrado, Eduardo Sojo. Ante tal situación, Sojo presentó una acción de *habeas corpus* directamente ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fundando su competencia originaria en el texto expreso de la Ley Nro. 48.

<sup>25</sup> Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *Marbury v. Madison*, 5 US (1 cranch) 137 (1803).

<sup>26</sup> Ver Congreso de la Nación, Ley Nro. 48, artículo 20.

la Constitución Nacional en sus artículos 100 y 101 (actuales 116 y 117).<sup>27</sup> Si bien la Corte partió de disposiciones normativas nacionales, la interpretación aplicada solo puede entenderse teniendo en cuenta la existencia de la jurisprudencia estadounidense. Aun cuando el caso *Marbury v. Madison* era entendido como el producto de un contexto político peculiar de los Estados Unidos<sup>28</sup> y cuyos fundamentos jurídicos no tenían asidero en el marco normativo argentino,<sup>29</sup> la Corte local asumió que debía apegarse a lo decidido por el

---

<sup>27</sup> La coincidencia entre las disposiciones de la Constitución Nacional y la Constitución de los Estados Unidos es casi total. *Comparar* Constitución Nacional de 1860, artículos 100 (“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del Artículo 67; y por los Tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a Embajadores, Ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de Almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadanos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero) y 101 (“En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”) con Constitución de los Estados Unidos, artículo III, sección 2 (“El Poder Judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos y cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos de Estados diferentes, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

En todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un Estado, el Tribunal Supremo poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron el Tribunal Supremo conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso”).

<sup>28</sup> *Marbury v. Madison* se enmarca en una delicada contienda política entre el Presidente de la Corte Suprema, John Marshall, y el nuevo Presidente de los Estados Unidos, Thomas Jefferson. Ante el pedido de Marbury a la Corte para que ordene al Poder Ejecutivo respetar su designación como juez de paz, Marshall optó por evitar el dictado de una orden que sería probablemente desestimada y, en cambio, afirmó el poder de los tribunales para controlar las decisiones de órganos políticos. Para mayores precisiones sobre el contexto político, ver Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, pp. 1555-1556.

<sup>29</sup> Ver Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, pp. 1557-1558. Como resume el profesor Miller, a partir de lo expuesto en el voto en disidencia de Calixto de la Torre, la decisión estadounidense no encajaba con el derecho argentino, puesto que: primero, la Ley Nro. 48 reflejaba claramente la voluntad del Congreso de asignar a la Corte el conocimiento de las causas de habeas corpus; segundo, dicha ley había sido redactada por juristas ligados a la Convención Constituyente que había creado la Constitución, por lo que presumiblemente actuaban de acuerdo con su contenido; tercero, no existía apoyo textual para entender que la Constitución prohíbe al Congreso expandir la competencia originaria de la Corte; cuarto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma solo debía proceder en casos en que se haya producido una violación clara por parte de los legisladores y no ante una mera interpretación diferente de la norma; y por último, hasta los propios precedentes de la Corte Suprema resultaban favorables a declarar admisible la petición de habeas corpus.

tribunal estadounidense, ignorando por completo los precedentes propios.<sup>30</sup> Como se resaltó tanto en el dictamen del Procurador General de la Nación como en el voto en disidencia del juez De la Torre, el derecho argentino no brindaba razón alguna para rechazar la petición.<sup>31</sup> El carácter autoritativo concedido al derecho foráneo se manifiesta en que, de quitarse del cálculo la jurisprudencia extranjera citada, los argumentos de la Corte local para fallar como lo hizo serían inexistentes. Para la mayoría del tribunal, existió un deber de apegarse a la forma en que decidieron los jueces extranjeros, con prescindencia de la validez y razonabilidad de sus argumentos en el contexto jurídico local.<sup>32</sup>

Ahora bien, en vistas de la existencia de esta práctica, la cuestión principal pasa por dilucidar cuál es el origen de la presunta autoridad jurídica de dichos elementos foráneos en el ámbito local. El hecho de que un determinado elemento sea autoritativo en su país de origen no alcanza para justificar su poder vinculante en el ordenamiento doméstico. Se necesita un factor adicional en que fundar dicha obligatoriedad.

Ante esta disquisición, en seguimiento de posiciones expuestas por jueces y autores, encuentro, al menos, tres estrategias que han sido empleadas para fundar la autoridad de materiales extranjeros, a las que llamaré: genealógica, técnico-moral y reenvío constitucional.<sup>33</sup> Sin perjuicio de sus posibles falencias,<sup>34</sup> todas ellas defienden la validez jurídica de determinados materiales extranjeros en el ordenamiento local. En lo que sigue, expondré cada una de ellas.

---

<sup>30</sup> Ver CSJN, *Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus*, Fallos 19:231 (21 de agosto de 1877) y CSJN, *Eliseo Acevedo, sobre recurso de habeas corpus*, Fallos 28:406 (1 de agosto de 1885). En ambas oportunidades, ante casos fácticamente similares al de Sojo, la Corte había admitido su competencia originaria para dirimir acciones de habeas corpus.

<sup>31</sup> Ver CSJN, *Eduardo Sojo por recurso de Habeas Corpus*, Fallos: 32:120 (22 de septiembre de 1887), voto en disidencia del juez Calixto de la Torre, pp. 137 y ss.; Dictamen del Procurador General de la Nación, pp. 122-125.

<sup>32</sup> Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, pp. 1557-1560.

<sup>33</sup> Las denominaciones introducidas son, en gran parte, propias; independientemente de que, como se verá, diversos autores han escrito sobre ellas, en otros términos.

<sup>34</sup> Ver § III.A.

*i. Autoridad genealógica*

Una primera estrategia orientada a fundar la autoridad de los préstamos se concentra en las relaciones históricas o genealógicas que unen a dos o más sistemas constitucionales.

Desde esta perspectiva, las constituciones son susceptibles de estar entrelazadas entre sí, en la medida en que unas deriven o desciendan de otras más antiguas.<sup>35</sup> Tomando la analogía de Choudhry, sería posible encontrar constituciones que “nazcan” de otras previas, respetando el sistema legal heredado del ordenamiento materno.<sup>36</sup> Así, a través del estudio y comprensión de estas relaciones subyacentes, sería posible conocer la esencia de cada sistema e identificar vínculos vigentes con otros.<sup>37</sup> Aun cuando se trate de dos sistemas independientes,<sup>38</sup> el sistema materno pasará a guiar el desarrollo de los sistemas constitucionales derivados y tendrá prevalencia sobre estos al momento de resolver ciertas cuestiones. Asimismo, un sistema que reciba una determinada herencia jurídica también podría realizar aportes jurídicos de relevancia a aquellos países que hayan recibido la misma herencia.<sup>39</sup>

La clave para entender este argumento se encuentra en el apego a un legado histórico.<sup>40</sup> El hecho de haber positivizado normas constitucionales provenientes de una

---

<sup>35</sup> Ver Sujit Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal* 74, Nro. 3, Artículo 4 (1999): p. 838.

<sup>36</sup> Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 838.

<sup>37</sup> Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2da ed. (Georgia, Athens: University of Georgia Press, 1993), p. 6 (proponiendo abordar el estudio del derecho comparado a partir del análisis de las relaciones genealógicas entre los distintos ordenamientos).

<sup>38</sup> Choudhry diferencia las relaciones genealógicas entre ordenamientos jurídicos completamente independientes de aquellas que se producen entre sistemas unidos por algún grado de dependencia política previa. En el primer caso, el más común en la actualidad, el argumento genealógico permite identificar la influencia de un ordenamiento foráneo, pese a la completa falta de una dependencia jerárquica. Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, pp. 868-869.

<sup>39</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 886. Un ejemplo que podría pensarse de sistemas “hermanos” son todos aquellos ordenamientos jurídicos que forman parte del *Commonwealth*.

<sup>40</sup> A mi modo de ver, este apego a un legado histórico puede tener dos orígenes: uno natural y uno por adopción. Por una parte, podemos encontrar aquellas “familias” de constituciones que descienden

tradición específica conlleva reconocerse heredero de esa tradición y admitir su influencia en la toma de decisiones internas. De esta forma, su valor vinculante está dado por la historia que subyace al ordenamiento en sí, que conduce a tomar elementos del sistema materno para la resolución de conflictos internos.<sup>41</sup>

Esta es una respuesta de corte positivista a la cuestión de la autoridad de los préstamos constitucionales autoritativos. La sanción de una constitución inserta en una relación genealógica que implique una herencia jurídica concreta funda la validez de los materiales foráneos (del sistema materno o hermano) en el contexto del ordenamiento interno.<sup>42</sup> Dichos materiales, al ser jurídicamente válidos, resultan relevantes para decidir cuestiones internas y reclaman autoridad.<sup>43</sup> La falta de control y aprobación por los procesos institucionales internos, entonces, se suple con el vínculo histórico que subyace detrás de ciertas disposiciones, o de la Constitución toda.<sup>44</sup>

Para ponerlo en casos concretos, una relación genealógica que se suele referenciar es la que existe entre Canadá y los Estados Unidos, en la medida en que ambas naciones derivan de la cultura jurídica del Imperio Británico. Dicha relación es la que ha llevado a los jueces canadienses a emplear materiales jurídicos, principalmente jurisprudencia, de las instituciones estadounidenses.<sup>45</sup>

---

“naturalmente” de un sistema constitucional común, conservando ciertos rasgos institucionales comunes. Un ejemplo de este supuesto pueden ser las constituciones de los Estados Unidos y Canadá, con respecto al sistema inglés. Por otra parte, se encuentran aquellas constituciones que voluntariamente buscan insertarse dentro de un árbol genealógico que, en principio, les sería ajeno y, en alguna medida, va en contra de sus propias raíces. Este mecanismo de adopción podría verse reflejado en el caso argentino, que voluntariamente buscó insertarse en la tradición constitucional estadounidense, apartándose de su tradición española.

<sup>41</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 868.

<sup>42</sup> Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 870. Ver también David Fontana, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, *UCLA Law Review* 49, Nro. 2 (diciembre 2001): p. 550.

<sup>43</sup> Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 870.

<sup>44</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 869.

<sup>45</sup> Como señala Choudhry, pese a ser un ejemplo difundido, no se encuentra libre de críticas. Si bien ambos países derivan de la tradición británica, ambos lo hicieron de un modo radicalmente diferente. Mientras que el constitucionalismo estadounidense emerge como el resultado deseado de una revolución, el sistema jurídico



Otro supuesto de genealogía constitucional que se suele citar es el caso argentino.<sup>46</sup> En efecto, el sistema constitucional argentino suele ser identificado en el mundo por insertarse dentro de la tradición del constitucionalismo estadounidense.<sup>47</sup> Ante la ardua tarea de crear instituciones propicias para el desarrollo de la nación, la decisión de adoptar, en mayor o menor medida, disposiciones e instituciones previstas en la Constitución de los Estados Unidos no implicó una mera réplica. En cambio, se trató del mecanismo que permitió dotar a un país inexperto en el constitucionalismo —producto de su ascendencia monárquica— de la experiencia pasada de países mucho más aclimatados en la materia.<sup>48</sup> Es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que los jueces deben seguir los desarrollos constitucionales alcanzados por los tribunales estadounidenses, puesto que representan el sustento histórico de las disposiciones locales que ahora se encuentran aplicando. En efecto, la Corte ha sostenido que:

... una de las grandes ventajas de esta adopción [del sistema estadounidense] ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales *y que podemos y debemos utilizar*, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.<sup>49</sup>

---

de Canadá lo hizo más gradualmente, sin buscar romper estrepitosamente con el modelo inglés. Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 886.

<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, Ganesh Sitaraman, “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”, pp. 678-679.

<sup>47</sup> A diferencia de lo que sucedía con Canadá y los Estados Unidos, aquí nos encontraríamos ante una relación genealógica forzada, que solo se entiende a partir de la decisión de la comunidad argentina. El vínculo genealógico común solo es plausible si se toma en consideración el apego de las disposiciones constitucionales al texto estadounidense. Ver nota al pie nro. 40.

<sup>48</sup> Ver Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, p. 1550 (explicando que la adopción del sistema constitucional estadounidense le permitió a la argentina obtener la experiencia que le faltaba en muchos aspectos cotidianos de una República, pero de la que carecía por provenir de un régimen monárquico).

<sup>49</sup> CSJN, *Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus*, Fallos 19:231 (21 de agosto de 1877), p. 236, énfasis agregado. Asimismo, idénticas expresiones pueden ser encontradas en CSJN, *Leandro N. Alem*, Fallos 54:432 (15 de diciembre de 1893), p. 459 (la Corte debió decidir si en el supuesto de un estado de sitio el poder ejecutivo se hallaba habilitado para disponer el arresto de un legislador) y CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo*, Fallos 33:162 (14 de abril de 1888), voto de la mayoría, considerando 17.

La existencia de una relación genealógica, así sea por adopción,<sup>50</sup> entre ambos ordenamientos ha dotado al sistema argentino de una fuente jurídica mucho más extensa, que se encuentra por fuera de nuestras fronteras.<sup>51</sup> En palabras de la Corte, la inclusión de disposiciones que contenían un vínculo histórico con el derecho estadounidense conllevó que este último pase a ser “nuestro propio derecho constitucional”.<sup>52</sup>

En síntesis, desde un enfoque más positivista a la cuestión, esta segunda estrategia hace hincapié en relaciones históricas subyacentes a determinadas disposiciones constitucionales y en la influencia de sistemas jurídicos ligados con el local. De allí deriva la autoridad de materiales foráneos, imprescindibles al momento de resolver conflictos jurídicos locales.

#### ii. *Autoridad técnico-moral*

Una segunda estrategia en defensa de los préstamos autoritativos se apoya en la autoridad que emana de ciertos países o consensos entre países con respecto a la existencia y aplicación de principios morales subyacentes a todas o varias constituciones.

Esta estrategia parte de la base del constitucionalismo como receptor de determinados principios universales, compartidos por diferentes comunidades jurídicas simultáneamente. Como consecuencia de la globalización del constitucionalismo, se argumenta que los principios del derecho constitucional son esencialmente los mismos en gran parte del mundo.<sup>53</sup> Nos encontraríamos, así, con principios que trascienden las

---

<sup>50</sup> Ver nota al pie nro. 40.

<sup>51</sup> Una idea similar puede ser leída detrás de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Sojo*, analizado previamente. Allí, según deja entrever la mayoría del tribunal, la Constitución argentina integraría, junto con la Constitución estadounidense, el árbol genealógico de las constituciones federales. De allí que, a los fines de resolver una cuestión relacionada con la competencia del máximo tribunal federal, haya sido necesario remitirse a materiales jurídicos provenientes de los Estados Unidos. Ver CSJN, *Eduardo Sojo por recurso de Habeas Corpus*, Fallos: 32:120 (22 de septiembre de 1887), voto de la mayoría, p. 127.

<sup>52</sup> CSJN, *Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo*, Fallos 33:162 (14 de abril de 1888), voto de la mayoría, considerando 17.

<sup>53</sup> David M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (Toronto: University of Toronto Press, 1995), p. 10.

fronteras territoriales de cada comunidad;<sup>54</sup> o, en términos de Waldron, un cuerpo jurídico que representa aquello que las comunidades comparten como respuestas comunes a problemas comunes.<sup>55</sup>

Partiendo de una perspectiva emparentada con el derecho natural —a diferencia de lo que sucedía con la estrategia genealógica—,<sup>56</sup> la existencia de estos principios se encuentra directamente ligada con su contenido.<sup>57</sup> En otros términos, se trata de razones sustantivas cuya validez será evaluada según su contenido alcance ciertos estándares relacionados a lo correcto y lo justo.<sup>58</sup> En un contexto global, la legitimidad de estos principios será proporcional a la cantidad de ordenamientos jurídicos en que gocen de reconocimiento legal.<sup>59</sup> En otras palabras, la presencia de estos principios en diferentes sistemas legales es la prueba de su veracidad y corrección.<sup>60</sup>

Desde este punto de vista, las constituciones son textos inacabados, que deben integrarse necesariamente con principios morales trascendentales a nivel internacional.<sup>61</sup> En este marco, la tarea de los jueces, como intérpretes de los textos constitucionales, pasará a tener una faceta marcadamente universal: identificar los principios constitucionales

---

<sup>54</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 844.

<sup>55</sup> Ver Jeremy Waldron, “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, *Harvard Law Review* 117, Nro. 1 (noviembre 2005): p. 133.

<sup>56</sup> Si bien se trata de una percepción basada en la existencia de derecho naturales, diversas variantes han ido morigerando esta idea, principalmente a los fines de evitar las críticas asociadas a estas corrientes. Quizás la mejor defensa de este argumento se encuentra cuando se lo relaciona directamente con el derecho internacional público, haciendo hincapié en los principios compartidos por diferentes Estados soberanos (Ver Waldron, “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”).

<sup>57</sup> Ver Alfred Cockrell, “Rainbow Jurisprudence”, *South African Journal on Human Rights* 12, Nro. 1 (1996): p. 27.

<sup>58</sup> Ver Cockrell, “Rainbow Jurisprudence”, p. 27.

<sup>59</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 844.

<sup>60</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 890.

<sup>61</sup> Ver César Landa Arroyo, “El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP* 75 (2015): p. 15 (explicando la relación entre los textos constitucionales y los principios morales que trascienden las fronteras jurídicas).

universales subyacentes y aplicarlos de manera correcta al caso.<sup>62</sup> En la medida en que todas las comunidades jurídicas que comparten un principio se encuentran sujetas a los mismos dilemas morales, los jueces necesariamente deberán estudiar el desarrollo moral comparado de los principios.<sup>63</sup> De esta forma, la jurisprudencia comparada se transformará en un repositorio de experiencias concretas, relacionadas a la solución de problemas morales comunes.<sup>64</sup> La experiencia acumulada brinda pautas normativas esenciales, que no pueden ser dejadas de lado para alcanzar la solución correcta.<sup>65</sup> Si una o varias comunidades jurídicas ya han identificado los alcances de un determinado principio constitucional común, se torna necesario seguir sus descubrimientos a los fines de tomar una decisión correcta.<sup>66</sup>

En el contexto argentino, al menos indirectamente, es posible observar esta referencia a la autoridad moral de ordenamientos foráneos. Ya en el marco de la Convención Examinadora de Buenos Aires, creada al efecto de revisar la Constitución Nacional de 1853, se aseveró que todos los pueblos libres poseen una moral política

---

<sup>62</sup> Ilustrando esta concepción de la tarea judicial, el juez Ackermann de la Corte Constitucional de Sudáfrica sostuvo que el recurso a la jurisprudencia foránea era necesario a los fines de “identificar el razonamiento subyacente para el establecimiento de normas que aplican en otras sociedades abiertas y democráticas” [Corte Constitucional de Sudáfrica, *Ferreira v. Levin*, 1 SALR 984 (1996), p. 1025]. Ver también Landa Arroyo, “El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional”, p. 26.

<sup>63</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 835.

<sup>64</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 835. Según Jeremy Waldron, se trata de la “sabiduría acumulada del mundo” sobre los derechos y la justicia. Acumulación que, como sucede en el campo de la ciencia, se produjo a través de un proceso de prueba y contra prueba de resultados, que fue llevado a cabo por los operadores jurídicos por décadas (Ver Waldron, “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, pp. 138-139).

<sup>65</sup> Ver Waldron, “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, p. 143.

<sup>66</sup> Si bien los autores que defienden esta posición, o algunas similares, no lo especifican, en el fondo parece subyacer una idea de autoridad basada en el conocimiento técnico de los ordenamientos foráneos. Considero que la teoría de la autoridad de Joseph Raz podría servir para terminar de esclarecer la cuestión. En efecto, adaptando los postulados del mencionado autor, la estrategia bajo análisis para fundar la autoridad de los préstamos constitucionales podría plantear que los jueces locales son más proclives a alcanzar decisiones correctas en relación con principios morales subyacentes en una constitución si toman a las decisiones judiciales de ciertos ordenamientos jurídicos como autoritativas, en lugar de tratar de hallar una respuesta por sus propios medios. Ver Joseph Raz, *The morality of freedom* (Nueva York: Clarendon Press-Oxford, 1986), p. 53.

común, basada en principios determinados.<sup>67</sup> Asimismo, al fundar la necesidad de seguir al sistema constitucional estadounidense, las razones fueron expuestas en los siguientes términos:

Que siendo hasta el presente, el gobierno democrático de los Estados Unidos, *el último resultado de la lógica humana, porque su Constitución es la única que ha sido hecha por el pueblo y para el pueblo*, sin tener en vista ningún interés bastardo, sin pactar con ningún hecho ilegítimo, habría tanta presunción como ignorancia en pretender innovar en materia de derecho constitucional, *desconociendo las lecciones dadas por la experiencia, las verdades aceptadas por la conciencia del género humano*.<sup>68</sup>

De esta forma, se buscó justificar el acercamiento al derecho de los Estados Unidos a partir del derecho natural.<sup>69</sup> La adopción del sistema estadounidense no fue una elección fortuita, ni meramente de conveniencia, sino la verdadera convicción de estar siguiendo decisiones que trascienden al ordenamiento nacional y que representan a las “verdades aceptadas por la conciencia del género humano”. Si bien la jurisprudencia argentina no ha seguido explícitamente esta línea argumentativa para fundar la autoridad de materiales de origen estadounidense, no hubiese sido extraño que lo haga a partir de los antecedentes expuestos.

En virtud de lo expuesto, para esta corriente, los materiales derivados de ciertos sistemas constitucionales *deben* ser vistos como un “faro moral” que alumbra al ordenamiento interno al momento de la toma de decisiones que involucran principios. Su autoridad queda directamente sujeta a experiencia previa de ciertos ordenamientos, ante la necesidad de brindar una respuesta correcta a un dilema moral determinado.

---

<sup>67</sup> Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Tomo IV (Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, 1937-1939), p. 769.

<sup>68</sup> Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, p. 769; *sic*, énfasis agregado.

<sup>69</sup> Ver Miller, “The authority of a foreign talisman: a study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine’s elite leap of faith”, p. 1524.

### iii. *Autoridad por reenvío*

Finalmente, un tercer argumento para defender el poder vinculante de ciertas fuentes jurídicas extranjeras se funda en el reconocimiento de autoridad realizado por la constitución propia. En estos supuestos, lo que se nos presenta es un *reenvío* realizado por la normativa doméstica, de manera tal que los jueces imperativamente deberán tomar en consideración materiales foráneos al momento de aplicar las disposiciones locales o decidir la solución de una determinada cuestión jurídica.

Esta idea del reenvío, en los hechos, implica una motivación por parte del legislador constituyente, que ha buscado que la resolución de determinados conflictos jurídicos necesariamente involucre ciertas fuentes foráneas.<sup>70</sup> A pesar de tratarse de elementos que no han sido directamente aprobados por los órganos legislativos locales, es importante observar que detrás de la adopción de esta postura por parte de la judicatura se encuentra un respaldo democrático: acatar la decisión de aquellos que rinden cuentas frente al pueblo.<sup>71</sup>

Ahora bien, podemos identificar diferentes formas en que este reenvío puede ser llevado a cabo en la práctica, yendo desde variantes implícitas a algunas más explícitas.

Partiendo desde los reenvíos implícitos, se podría sostener que, incluso a falta de disposiciones expresas, los jueces se encuentran obligados a tomar en consideración lo dispuesto en ordenamientos foráneos, en la medida en que sus propios legisladores así lo buscaron al momento de redactar el texto constitucional. En este sentido, se plantea que, si al momento del acto constituyente los legisladores tuvieron en cuenta la forma en que los jueces extranjeros aplicaban las leyes en otros países, es esperable que los convencionales locales desearan que los tribunales internos apliquen las disposiciones sancionadas de igual

---

<sup>70</sup> Ver William S. Blatt, "Interpretative Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation", *NW. U.L.REV.* 95, Nro. 335 (2001): p. 679.

<sup>71</sup> Amy Gutmann, "Preface", en *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann [et al]*, ed. Amy Gutmann (New Jersey: Princeton University Press, 1997), p. vii.

manera.<sup>72</sup> En consecuencia, para cumplir fielmente con la voluntad constituyente, resultaría imperativo para los jueces remitirse a las decisiones de autoridades foráneas.<sup>73</sup>

La experiencia argentina ilustra esta circunstancia. Si bien la Constitución Nacional replicaba, en mayor o menor medida, varias disposiciones del texto constitucional estadounidense, de ella no se desprendía de manera expresa la obligación de conferir autoridad a los precedentes foráneos.<sup>74</sup> Por tal motivo, luego de la sanción de la Constitución Nacional de 1853/1860, la fuerte devoción de los tribunales argentinos por el derecho estadounidense fue justificada jurídicamente, en parte, a partir de la intención de la Asamblea Constituyente.<sup>75</sup> Domingo Faustino Sarmiento, una de las figuras prominentes de la política argentina de la época, defendió el carácter autoritativo de todo material jurídico estadounidense al contexto argentino en los siguientes términos:

*El Congreso [Constituyente] quiso que la joven federación, inexperta en la práctica de la forma de gobierno que abrazaba, no se lanzase en la nueva carrera a tientas, y sin guía, y la dotó desde luego de toda la ciencia y de toda la práctica de la única federación que existe.*<sup>76</sup>

Las palabras de Sarmiento, haciendo eco de la intención de la Asamblea Constituyente al sancionar la Constitución, salvan la brecha entre texto constitucional

---

<sup>72</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, pp. 76-77 (desarrollando el canon interpretativo llamado “doctrina de la ley prestada” o “Borrow Statute Doctrine”). Ver también William S. Blatt, “Interpretative Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation”, *NW. U.L.REV.* 95, Nro. 335 (2001): p. 679.

<sup>73</sup> Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, pp. 76-77.

<sup>74</sup> Ver CSJN, *Eduardo Sojo por recurso de Habeas Corpus*, voto en disidencia del juez C. S. de la Torre, p. 141 (reconociendo el peso argumentativo de sentencias estadounidenses, pero dejando en claro su incapacidad para desterrar precedentes propios).

<sup>75</sup> Ver Miller, “The authority of a foreign talisman: A study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite's leap of faith”, p. 1518, traducción propia (“Tal como un juez observará, a veces, la intención del legislador en busca de asistencia en la interpretación de la ley, cualquiera que interprete la Constitución argentina puede mirar a los Estados Unidos, porque la intención que subyace a la adopción de una Constitución modelada en la de los Estados Unidos fue copiar su sistema constitucional en todos los detalles relevantes”).

<sup>76</sup> Sarmiento, *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*, p. 54; énfasis agregado.

propio y la práctica de los tribunales extranjeros, en este caso, estadounidenses.<sup>77</sup> Desde esta perspectiva, la identidad de disposiciones constitucionales y de instituciones no debe ser contemplada como un dato aislado, sino como un mandato implícito de los constituyentes, que buscaron dar autoridad normativa a elementos jurídicos de otro país.<sup>78</sup> Así, la única aplicación posible de las disposiciones nacionales es aquella que tenga en consideración los precedentes del derecho estadounidense, en respeto de la voluntad de los legisladores.<sup>79</sup> En tanto sea innegable la intención de los involucrados en el proceso constituyente con respecto al apego a la práctica foránea, aparece una fuente de justificación normativa en favor del carácter autoritativo de los préstamos.

En esta misma línea, aun dentro de los reenvíos de carácter implícito, algunos autores reconocen un efecto idéntico a aquellos términos o conceptos insertados en una constitución, pero que refieren a nociones propias del derecho internacional.<sup>80</sup> En concreto, se sostiene que cuando se insertan determinadas nociones, como “declaración de guerra” o “crímenes contra la humanidad”, necesariamente el constituyente asume la existencia de un “marco de derecho internacional”, que deberá ser tenido en cuenta al momento de dilucidar los efectos de dichas palabras en una situación concreta.<sup>81</sup> Nuevamente aquí, independientemente de que estemos de acuerdo o no con el planteo en términos teóricos,

---

<sup>77</sup> Ejemplos adicionales pueden ser encontrados en los Diarios de Sesiones de la Comisión formada por Buenos Aires a los fines de revisar la Constitución, previo a su ingreso a la federación en el año 1860. Ver Diario de Sesiones, Sesión del 26 de abril, 1860, p. 759.

<sup>78</sup> Al menos implícitamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación parece haber seguido este razonamiento en el caso *de la Torre*, al extrapolar las conclusiones de la doctrina y jurisprudencia estadounidenses al momento de evaluar las facultades de las instituciones argentinas [Ver CSJN, *Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus*, Fallos 19:231 (21 de agosto de 1877), pp. 238-239].

<sup>79</sup> Una vez expuesta la categoría conceptual asociada a la voluntad implícita del legislador, cabe adelantar que, en el caso argentino, el acercamiento realizado por los constituyentes al derecho foráneo requiere varios matices. Ello será debidamente expuesto en § III.A.iii.

<sup>80</sup> Ver, por ejemplo, Gerald L. Neuman, “The Uses of International Law in Constitutional Interpretation”, *The American Journal of International Law* 98, Nro. 1 (enero 2004): p. 82 y Ganesh Sitaraman, “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 32, Nro. 2 (Primavera 2009): p. 672.

<sup>81</sup> Neuman, “The Uses of International Law in Constitutional Interpretation”, p. 82.



nos encontramos con un texto constitucional que impondría a los tribunales tener en cuenta lo decidido por autoridades foráneas.<sup>82</sup>

En lo que respecta a reenvíos de carácter expreso, nos encontramos con que la autoridad vinculante del derecho extranjero deviene, nada más y nada menos que, de la constitución local, que impone explícitamente a sus jueces el deber de tener en cuenta lo decidido por autoridades extranjeras.<sup>83</sup> Si bien se trata de un supuesto razonablemente extraño, es posible hallar algunos modelos constitucionales vigentes que se aproximan. Entre ellos, se encuentra el texto de la Constitución de Malawi, que establece que:

Al interpretar las disposiciones de esta Constitución una corte de derecho *debe*  
(...)

(c) donde sea aplicable, tomar en consideración las *normas de derecho internacional público y la jurisprudencia extranjera comparable*.<sup>84</sup>

De esta forma, desde el propio texto constitucional se reconoce de forma expresa cierta autoridad normativa a fuentes foráneas, que deberán ser debidamente sopesadas por los tribunales locales.

En resumen, en cualquiera de los supuestos analizados, nos encontramos con un reenvío hacia fuentes foráneas, efectuado por la propia Constitución. Ya sea en sus

---

<sup>82</sup> En mi opinión, la normativa constitucional argentina no ofrece un sustento adecuado para dar lugar a este recurso a materiales jurídicos extranjeros. Sin embargo, en términos hipotéticos, algún autor podría plantear la aplicación de esta variante a ciertas disposiciones de la Constitución Nacional, como el artículo 118, que menciona el “derecho de gentes”. En algún sentido, se puede considerar que la Corte Suprema estuvo cerca de hacerlo en el caso *Mazzzeo*, en el que analizó la naturaleza de la expresión y le reconoció un fuerte vínculo con el derecho internacional y la jurisprudencia de órganos internacionales. Pese a ello, en última instancia, el tribunal decidió ir un paso más allá y sostener directamente la presencia histórica del derecho internacional como parte de la estructura del sistema constitucional argentino [ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mazzzeo, Julio Lilo y otros S/ Rec. de Casación e Inconstitucionalidad*, Fallos: 330:3248 (13 de julio de 2013), voto de la mayoría, considerandos 14-16]. Ver, también, Patricio Nazareno, “Impunity Reconsidered: International Law, Domestic Politics, and the Pursuit of Justice”, *Harvard Human Rights Journal* 33 (2020): pp. 198-202 (describiendo los efectos que los desarrollos de la Corte han tenido sobre la estructura constitucional argentina).

<sup>83</sup> Ver Sitaraman, “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”, p. 672 y Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, pp. 125-126.

<sup>84</sup> Constitución de la República de Malawi, 1997, artículo 11.2, énfasis agregado, traducción propia. Ver similarmente Constitución de Sudáfrica, artículo 39.1 [“Al interpretar la Carta de Derechos, una corte, tribunal o foro [...] (b) debe considerar el derecho internacional; y (c) puede considerar el derecho extranjero”]

variantes implícitas o explícitas,<sup>85</sup> el legislador constituyente ha reconocido, o buscado reconocer, autoridad a materiales jurídicos extranjeros, de manera tal que deban ser tenidos en cuenta por los tribunales, aun cuando no hayan sido aprobados por los órganos políticos locales.

## **B. Préstamos no autoritativos**

Pasando a la exposición de los préstamos no autoritativos, se trata de aquellos en los que el material que se toma prestado no posee autoridad vinculante dentro del ordenamiento local. En estos supuestos, las autoridades judiciales locales recurren voluntariamente a materiales jurídicos extranjeros a los fines de fundar sus decisiones, sin que exista una obligación o prohibición legal al respecto.<sup>86</sup>

Los préstamos no autoritativos niegan todo tipo de valor vinculante al derecho foráneo. Este no representa una fuente de autoridad, al menos legal, para las decisiones judiciales. En otras palabras, la fuente normativa última de las decisiones de los jueces sigue siendo el derecho nacional propio. De esta forma, este recurso a fuentes extranjeras debe ser entendido como una herramienta con la que cuenta el juez, pero a la que no se halla atado jurídicamente.

Siendo que los tribunales recurren con frecuencia, en algunos países más que en otros, a la utilización de fuentes extranjeras; la pregunta básica que atraviesa todo el estudio

---

<sup>85</sup> A los fines meramente descriptivos, es importante considerar la posible existencia tanto de reenvíos implícitos como explícitos. Sin embargo, como veremos más adelante, la distinción entre ambos tipos de reenvíos es de suma importancia para analizar la viabilidad del argumento. Que se acuerde con la validez de algunos no conlleva que se reconozca la de los otros, y viceversa. Ver § III.A.iii.

<sup>86</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, pp. 87-88. Poniendo el foco en el factor voluntarista, en contraposición a los préstamos autoritativos, algunos autores han propuesto la expresión “préstamos voluntarios” (ver Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 125-126).

de los préstamos no autoritativos es: ¿por qué el derecho foráneo sería relevante en el marco de una sentencia local?<sup>87</sup>

La respuesta a dicha pregunta dista de ser unívoca, pero en general ha sido asociada a la necesidad de los jueces de apuntalar su propia autoridad como conocedores del derecho o desarrollar sus propios conocimientos a partir de la experiencia de operadores foráneos. En lo que aquí nos interesa, basta con señalar que los préstamos no autoritativos son percibidos por los jueces como herramientas que robustecen sus decisiones, ya sea porque refuerzan su contenido, protegen su autoridad o los ayudan a alcanzar la decisión correcta al momento de aplicar el derecho propio.<sup>88</sup>

Ahora bien, el hecho de que los tribunales no se encuentren obligados a tener en cuenta los materiales foráneos, como sucedía con los préstamos autoritativos, no significa que el lugar que los jueces les puedan dar dentro de la sentencia sea completamente intrascendente. En este sentido, dentro de los préstamos no autoritativos, el uso de materiales foráneos puede abarcar una relativamente amplia gama de situaciones, que va desde usos casi decorativos de la decisión principal hasta el empleo de elementos con fines argumentativos en favor de una determinada decisión.

Para sistematizar la cuestión, y sin perjuicio de poder encontrar algunos casos intermedios, se puede decir que existen tres situaciones en que los magistrados recurren a los préstamos no autoritativos en el marco de una sentencia. Cada categoría se diferencia de

---

<sup>87</sup> Sujit Choudhry, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”, en *The Migration of Constitutional Ideas*, ed. Sujit Choudhry (Cambridge: Cambridge University Press, 2006), p. 3 (citando una entrevista al juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos).

<sup>88</sup> El estudio de los motivos que conducen a las autoridades locales, incluyendo los jueces, a emplear materiales foráneos amerita un estudio independiente, en virtud de su propia complejidad. Ver, por ejemplo, Jonathan Miller, “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, *The American Journal of Comparative Law* 51, Nro. 4 (Otoño 2003). Sin ánimos de brindar un listado exhaustivo ni discutir sobre la idoneidad de los motivos, los autores suelen identificar razones asociadas a la reputación de los magistrados [ver, por ejemplo, Gilles Cuniberti, “Enhancing judicial reputation through legal transplants ‘estoppel travels to France’”, *The American Journal of Comparative Law* 60, Nro. 2 (primavera 2012): p. 395], al fundamento técnicos de las sentencias [ver, por ejemplo, Fontana, “Refined Comparativism in Constitutional Law”, pp. 566-567] o a fines políticos [ver, por ejemplo, David S. Law, “Comparativism and judicial diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review* 163, Nro. 4 (marzo 2015): pp. 1003, 1006-1007].

la anterior por el grado de impacto que se le otorga al derecho foráneo en relación con el contenido sustancial de la sentencia. Veamos.

En primer lugar, el empleo de materiales foráneos de manera voluntaria por el juez puede tener una utilidad *contextual u ornamental*.<sup>89</sup> En estos supuestos, la única finalidad que cumplen dentro de la sentencia es demostrar un mayor grado de conocimientos teóricos por parte del juez, a partir de la exposición de los desarrollos alcanzados en otros países.<sup>90</sup> Así, las fuentes extranjeras ocupan un lugar eminentemente decorativo, destinado en general a mejorar la aceptación social y la eficacia de ciertas decisiones.<sup>91</sup>

En segundo lugar, los jueces recurren a la utilización del derecho comparado como un mecanismo cognoscitivo, que les permita obtener un mejor conocimiento de su propio ordenamiento constitucional.<sup>92</sup> Este enfoque *dialógico* hacia el derecho comparado, como lo ha expuesto Choudhry, busca que los jueces, al analizar la jurisprudencia extranjera y sus razonamientos, descubran matices y comprendan mejor las implicancias de su propio sistema constitucional.<sup>93</sup> Si el razonamiento jurídico aplicado por jueces extranjeros difiere

---

<sup>89</sup> Ver Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 122 (describiendo las funciones deliberativas y explicativas de los préstamos).

<sup>90</sup> Dentro de tantos otros, un ejemplo ilustrativo de esta variante de los préstamos no autoritativos puede ser observado en el caso *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*. Allí, la Corte Suprema hizo referencia a la jurisprudencia estadounidense para evidenciar las particularidades fácticas del caso local, que tornaban innecesaria la aplicación de la doctrina de la real malicia. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario*, Fallos: 321:2558 (29 de septiembre de 1998), voto de la mayoría, considerando 14. Ver, también, CSJN, *Horta, José v. Harguindeguy, Ernesto*, Fallos 137:47 (21 de agosto de 1922), p. 65 (exponiendo el desarrollo legislativo y jurisprudencial relacionado a un artículo de la Constitución de los Estados Unidos a los fines de compararlo con la redacción del artículo 17 de la Constitución Nacional).

<sup>91</sup> Ver Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 126. Ver, también, Cheryl Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 13, Nro. 1 (invierno, 2006): p. 50.

<sup>92</sup> Ver Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, p. 51 (introduciendo el término “uso reflectivo del derecho comparado”). Para diferentes formulaciones de este enfoque, ver Mary Ann Glendon et al., *Comparative Legal Traditions*, 2da ed. (St. Paul: West Group, 1994), p. 8; Rosalind Dixon, “A Democratic Theory of Constitutional Comparison”, *The American Journal of Comparative Law* 56, Nro. 4 (otoño 2008).

<sup>93</sup> Ver Choudhry, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”, p. 22 (“Preguntando por qué las cortes foráneas han razonado de una determinada manera, una corte comprometida con el proceso de justificación discursiva se pregunta a sí misma por qué razona de la manera en que lo hace”, traducción propia). Ver, también, Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, pp. 116-118 (describiendo tres formas en que el análisis comparativo ayuda a los jueces a interrogar su entendimiento sobre su propia constitución); Sujit Choudhry, “The Lochner era and comparative constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law* 2, Nro. 1 (enero 2004), p. 52; Dixon, “A Democratic Theory of Constitutional Comparison”, p. 960.

del local con respecto a cuestiones similares, será necesario analizar si dicha diferencia se encuentra justificada.<sup>94</sup> Por el contrario, si del análisis surge que los razonamientos son similares, la cuestión estará en determinar si dicha similitud es correcta o debería cambiarse.<sup>95</sup> Una vez identificada y justificada la diferencia o similitud con ordenamientos extranjeros, el préstamo de materiales foráneos estará legitimado a los fines de manifestar un mejor entendimiento del propio sistema y respaldar la decisión final.<sup>96</sup> Incluso en el plano de la moral, la apelación al derecho comparado puede ser de utilidad a los fines de realizar juicios morales correctos, en la medida en que confirmen una cierta actitud moral doméstica.<sup>97</sup> Frente a dichas ventajas, la variante dialógica se presenta como uno de los usos del derecho foráneo más extendidos en la actualidad.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> Ver Choudhry, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”, pp. 23 (“El compromiso comparativo resalta la contingencia del orden legal y constitucional, y abre para la discusión y contestación a aquellas características que habían permanecido invisibles para los ojos domésticos”, traducción propia). Ver, también, Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, pp. 119-120.

<sup>95</sup> Ver Choudhry, “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”, pp. 22-23.

<sup>96</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 858. En este punto, Choudhry utiliza una formulación controvertida, al afirmar que, en casos de similitudes entre los ordenamientos constitucionales, estará legitimado importar jurisprudencia comparativa “y aplicarla como derecho”. De todas formas, parece improbable que, a través de la expresión transcrita, el autor haya buscado otorgar algún tipo de carácter autoritativo a las sentencias foráneas. En cambio, la lectura que mejor se compatibiliza con el resto de su escrito es aquella que pone el foco en el valor de la mencionada jurisprudencia al momento de analizar dinámicas locales, como si se tratase de casos autóctonos.

<sup>97</sup> Ver Bosko Tripkovic, “The Morality of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law* 17, Nro. 3 (julio 2019): p. 744 (estudiando la función reflectiva del derecho comparado a los fines de obtener conclusiones morales en el marco de la comunidad jurídica propia). Ver, también, Corte Suprema de los Estados Unidos, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), voto de la jueza O’Connor; Mark Tushnet, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *The Yale Law Journal* 108, Nro. 6 (abril 1999), pp. 1269-1285.

<sup>98</sup> En la Argentina, es posible identificar esta práctica en las sentencias judiciales con gran frecuencia, sobre todo en relación con la aplicación de garantías constitucionales. Ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y otros s/ expropiación*, voto de la mayoría, considerando 12 (5 de abril de 1995) (entablando un “diálogo” con fuentes constitucionales estadounidenses a los fines de resaltar las exigencias constitucionales propias para llevar a cabo una expropiación, en contraposición con aquellas establecidas por los constituyentes en los Estados Unidos); *Fernández Prieto, Carlos A. y otro*, Fallos 321:2947 (12 de noviembre de 1998), voto de la mayoría, considerandos 8-14 (analizando múltiples casos de la Corte de los Estados Unidos a los fines de aplicar a un caso concreto la garantía constitucional de prohibición de detención sin orden escrita de autoridad competente, contemplada en el artículo 18 de la Constitución Nacional); *Avico c. De la Pesa*, Fallos 172:21 (7 de diciembre de 1934), voto de la mayoría, considerando 7° (enfaticando la importancia de la jurisprudencia estadounidense, en términos de valor cognoscitivo, al determinar el alcance y aplicar el derecho de propiedad incorporado a la Constitución Nacional).

Por último, los préstamos no autoritativos pueden ser utilizados a los fines de la “construcción” del texto constitucional.<sup>99</sup> Allí donde el efecto jurídico de las disposiciones constitucionales no puede ser conocido a través de la mera apelación a su texto, el recurso voluntario al derecho foráneo se presenta como una forma de identificar la mejor respuesta posible a una determinada cuestión jurídica.<sup>100</sup> Ante la total falta de indicaciones sobre un determinado tema, existirá un lugar remanente para que el juez tenga en cuenta lo dicho por autoridades extranjeras, siempre y cuando no contradigan las bases normativas nacionales.<sup>101</sup> Diversos enfoques han teorizado acerca de las razones por las que es deseable que se sigan los resultados arrojados del análisis comparado. Dentro de un espectro amplio, las teorías más preponderantes basan sus conclusiones en la relevancia del análisis estadístico dentro de la ciencia jurídica<sup>102</sup> o en el proceso deliberativo (cuasi científico) que se produce por la interacción de los operadores jurídicos provenientes de diversos ordenamientos.<sup>103</sup> En cualquier caso, a diferencia de los supuestos anteriores, en esta

---

<sup>99</sup> Ver, por ejemplo, Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, p 51. Desde mi perspectiva, una forma práctica de diferenciar entre usos reflectivos y constructivos es apelando a la distinción entre interpretación constitucional y construcción constitucional. En este marco, el término “construcción” cobra relevancia en aquellos casos en que el efecto jurídico del texto constitucional no puede ser conocido por el juez sin acudir a doctrinas constitucionales. En estos supuestos, el texto de la constitución presenta ciertos “defectos” que lo tornan inexpugnable, tales como un alto grado de ambigüedad, vaguedad, lagunas o contradicciones. Ver Lawrence B. Solum, “Originalism and Constitutional Construction”, *Fordham L. Rev.* 82 (2013): pp. 467-472. Sin embargo, cabe reconocer que la frontera entre usos constructivos y aquellos meramente reflectivos sigue siendo difusa. Por ende, considero que en última instancia dependerá de la manera en que sean definidos por cada autor.

<sup>100</sup> Existen diversas causas en que los tribunales han apelado a esta variante constructiva del derecho foráneo. A modo de ejemplo, en el caso *Halabi, Ernesto c. PEN*, a los fines de garantizar la operatividad de cierta categoría de derechos constitucionales (derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos), la Corte Suprema argentina reconoció la conveniencia de recurrir a los avances jurisprudenciales y normativos experimentados en otros países. De esta forma, a partir de una serie de materiales foráneos, principalmente provenientes de los Estados Unidos, el tribunal delineó los presupuestos básicos exigibles para el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales. Ver CSJN, *Halabi, Ernesto c. PEN*, Fallos 332:111 (24 de febrero de 2009), voto de la mayoría, considerandos 12-13, 17-18.

<sup>101</sup> Posner y Sunstein, “The Law of Other States”, p. 136. En contra, Tripkovic, “The Morality of Foreign Law”, pp. 738-744.

<sup>102</sup> Ver Posner y Sunstein, “The Law of Other States”, p. 136 (argumentando la relevancia de los préstamos constitucionales a partir del Teorema de Condorcet. Una vez satisfechas ciertas condiciones básicas, el hecho de que un número relevante de ordenamientos jurídicos se encuentre de acuerdo acerca de una determinada cuestión jurídica sería una razón para pensar que dicha conclusión es verdadera).

<sup>103</sup> Ver Jeremy Waldron, “Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*”, pp. 137-144 (partiendo de la existencia de ciertos principios internacionales comunes a todas las naciones, se enfatiza la importancia de embarcarse en un proceso deliberativo entre diferentes ordenamientos jurídicos. Si en el marco de un debate robusto se alcanzan ciertos consensos, entonces existe una razón para presumir que las conclusiones de la deliberación resultan verdaderas y pueden ser seguidas internamente).

variante constructiva, el derecho foráneo adquiere un mayor protagonismo,<sup>104</sup> puesto que representará el por qué, al menos parcial, de una determinada decisión judicial.<sup>105</sup>

En cualquiera de sus tres formas (ornamental, reflectiva o constructiva), este tipo de préstamos evita reconocer un valor vinculante en el derecho foráneo. Sin embargo, una vez realizada esta comparación inicial, debe resaltarse que los usos netamente ornamentales tienen un impacto mucho menor en el contenido sustantivo de la decisión que aquellos reflectivos o constructivos.<sup>106</sup>

Así, con esta categorización de los préstamos no autoritativos, queda completo el panorama preliminar que propongo de esta práctica llevada a cabo por los jueces. Práctica que, pese a su extensa difusión, no deja de ser problemática, como veremos a continuación.

### **III. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS PRÉSTAMOS CONSTITUCIONALES**

Luego de clasificar los diferentes tipos de préstamos —autoritativos y no autoritativos, con sus respectivas variantes—, ahora resulta posible avanzar hacia el estudio de sus problemas e implicancias jurídicas. En este respecto, por las particularidades propias analizadas en la sección anterior, los problemas que encuentro en cada categoría son, con alguna salvedad, independientes de los de la otra. Por tal motivo, los desarrollos expuestos a continuación deben ser entendidos como estrictamente asociados a la categoría de préstamos a la que se hace referencia.

---

<sup>104</sup> Si bien dista de ser el tema del presente trabajo, vale la pena resaltar que esta variante constructiva de los préstamos no autoritativos se encuentra estrechamente ligada a la idea de activismo judicial, que ha sido extensamente estudiada por otros autores. Ver, por ejemplo, Fernando M. Racimo, “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 2 (2015).

<sup>105</sup> T. Koopmans, “Comparative Law and the Courts”, *The International and Comparative Law Quarterly* 45, Nro. 3 (1996): pp. 545, 549.

<sup>106</sup> Sitaraman, “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation” (diferenciando el riesgo asociado a distintos tipos de préstamos). Haré algunas precisiones adicionales sobre este punto al momento de analizar las tensiones jurídicas generadas por estos préstamos. Ver § III.B.

Con ello en mente, comenzaremos con el análisis de las objeciones jurídicas asociadas a los préstamos autoritativos, en cada una de sus variantes; para luego pasar a hacer lo propio con los recursos no autoritativos.

### **A. Objeciones a los préstamos autoritativos**

Siguiendo el orden de la sección anterior, comenzaré el análisis por los préstamos autoritativos, es decir, aquellos en los que el juez reconoce algún grado de autoridad jurídica a materiales foráneos al momento de la toma de decisiones dentro del ordenamiento interno.

En este sentido, en tanto esta práctica reconoce autoridad jurídica a decisiones adoptadas por autoridades extranjeras, como es esperable, el principal problema jurídico del que adolecen es su absoluta falta de legitimidad democrática en el país en que buscan ser aplicados.<sup>107</sup> En el marco de un Estado con división de poderes, la autoridad de los tribunales se encuentra en la aplicación imparcial de normas que hayan sido sancionadas por los representantes de la comunidad, a través de los órganos correspondientes. Por ello, resulta altamente problemático que los jueces reconozcan poder vinculante a disposiciones normativas o sentencias dictadas por órganos foráneos. De aceptarse esta potestad de los jueces, abiertamente se les estaría confiriendo la oportunidad de reconocer autoridad jurídica y fundar sus decisiones en normas de una comunidad ajena.<sup>108</sup> En otros términos, los ciudadanos de un determinado país pasarían a estar regidos por normas que no son el resultado de sus propios procesos institucionales, lo cual afectaría gravemente todo ideal de

---

<sup>107</sup> Ver, por ejemplo, Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 85; Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 134.

<sup>108</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 87 (“El poder judicial está integrado, selectivamente, con miembros exitosos de una profesión determinada, los cuales han recibido una larga educación, y no rinden cuentas a nadie de sus actos, ni siquiera a aquellos que pueden resultar profundamente afectados por sus razonamientos y conclusiones. Por ello, cuando un tribunal “toma prestada” una norma constitucional o una interpretación constitucional determinada, no somos nosotros –el pueblo– quienes ‘tomamos prestado’. Es el tribunal quien lo hace”).



auto gobierno.<sup>109</sup> Expuesta la cuestión en estos términos, si se concibe que los jueces *solo* están obligados a aplicar aquellas normas que sean el resultado de los órganos políticos propios,<sup>110</sup> ninguna defensa puede ser exitosamente planteada en favor de los préstamos autoritativos.<sup>111</sup>

Sin embargo, la cuestión amerita cierta complejización a la luz de los tres argumentos expuestos previamente a los fines de dotar de autoridad a los materiales extranjeros.<sup>112</sup> A pesar de los reparos que se puedan exponer en contra de aquellos, ninguno ignora, al menos abiertamente, el principio de legitimidad democrática. Por el contrario, en alguna medida, todos ellos apuntan a llenar esa brecha entre la existencia de un gobierno republicano y el reconocimiento de autoridad en fuentes foráneas por parte de jueces.

Ahora bien, en tanto la forma en que lo hacen varía sensiblemente —ya sea apelando a las raíces históricas de las disposiciones, a la autoridad técnico-moral de órganos extranjeros o a ciertos reenvíos contenidos en el texto constitucional—, un análisis adecuado requiere un enfoque particular sobre cada una de estos argumentos. En lo que sigue, por ende, analizaré en detalle cada supuesto, con el objetivo de determinar sus posibilidades de éxito.

---

<sup>109</sup> A diferencia de lo que sucede cuando un legislador busca hacer uso del derecho foráneo, en el caso de los préstamos se carece de una deliberación democrática previa y de un acto de aprobación por parte de los órganos constituyentes.

<sup>110</sup> Ver Andrade Neto, “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”, p. 134 (sosteniendo que los préstamos autoritativos son incompatibles con el régimen democrático).

<sup>111</sup> La contundencia de la crítica democrática ha llevado a afirmar que ningún autor o juez está dispuesto a reconocer la validez de los préstamos autoritativos. Ver, por ejemplo, Austen L. Parrish, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law”, p. 649.

<sup>112</sup> Ver § II.A.

*i. Objeciones a la autoridad genealógica*

En lo que respecta a los préstamos apoyados en las relaciones genealógicas preexistentes, estos buscan derivar legitimidad democrática a partir de los vínculos históricos que existirían entre ciertas disposiciones y una tradición constitucional foránea. Sin embargo, por razones que expongo a continuación, resulta una salida problemática.

En primer lugar, desde un punto de vista ontológico, la existencia de relaciones genealógicas entre sistemas constitucionales ya de por sí resulta una noción controversial. Las comunidades jurídicas pueden copiar y tomar infinidad de elementos provenientes de ordenamientos foráneos,<sup>113</sup> pero muy diferente es hablar de una “herencia” que se traspasa de generación en generación, preservando la historia jurídica pasada de los sistemas maternos. Exceptuando algunos casos particulares,<sup>114</sup> difícilmente se pueda distinguir entre el empleo de elementos foráneos, aun de manera aislada, y la continuación de una tradición jurídica de años, en un territorio diferente. En el marco del derecho constitucional comparado, no existe algo similar a un código genético que permita identificar familias de constituciones. A lo sumo, será posible hablar de sistemas de elementos similares, en algunos casos idénticos; pero sin que ello implique una continuidad de fuentes jurídicas a tener en cuenta por los tribunales.

En segundo lugar, la noción misma de relaciones constitucionales genealógicas puede resultar contradictoria con la idea de constitución. Al fin y al cabo, cuando una determinada comunidad jurídica busca “constituirse”, lo que hace es identificar un conjunto de normas que la representa y, al mismo tiempo, la diferencia del resto.<sup>115</sup> Sobre

---

<sup>113</sup> Ver nota al pie nro. 9.

<sup>114</sup> La existencia de relaciones genealógicas puede llegar a existir en su versión más dura, es decir, en aquellos casos en que existen comunidades jurídicas interconectadas, pero sin un grado independencia plena. Un ejemplo podría encontrarse en los supuestos de colonialismo, en los que las colonias se asemejan a comunidades jurídicas autónomas, pero siguen estando sujetas a un Estado colonizador.

<sup>115</sup> Ver, por ejemplo, Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge: Harvard University Press, 1991), p. 3 (aludiendo a la esencia propia de cada sistema constitucional, en su caso el norteamericano, pese al empleo de ideas ajenas al momento de su diseño).

todo luego de procesos de independencia, aun cuando sean llevados a cabo de manera pacífica y hasta consensuada, resulta controvertido hablar de una herencia jurídica que hará que siga siendo implícitamente vinculante el derecho de un país extranjero. Llevado al extremo, aceptar la existencia de relaciones genealógicas implica limitar los efectos del constitucionalismo de tal forma que, en ciertas circunstancias, una comunidad completamente autónoma no podría liberarse de las ataduras políticas de otros Estados. Veamos algunos ejemplos para ilustrar este problema.

Si bien suele identificarse a los Estados Unidos como un descendiente de la tradición jurídica británica, lo cual es cierto; se busca morigerar el hecho de que el surgimiento de la nación estadounidense fue el fruto de una revolución. Revolución que, con su posterior constitución, buscó explícitamente poner un corte a la relación político-jurídica entre el país americano e Inglaterra, aun cuando siguieron teniendo algunas instituciones similares.<sup>116</sup> Asimismo, en lo que refiere al caso argentino,<sup>117</sup> la aplicación autoritativa de decisiones estadounidenses que ha realizado la Corte a partir del sustento histórico de algunas de sus disposiciones, también conlleva un desprestigio del propio hecho constitucional. Dicha atribución de autoridad a fuentes foráneas morigera el valor de la Constitución Nacional como símbolo de independencia del resto de las naciones.<sup>118</sup> Que el diseño argentino haya estado influenciado por sistemas foráneos, como puede ser el estadounidense, no puede hacer presumir un mandato implícito de atarse a lo decidido por autoridades de otros países.

---

<sup>116</sup> Ver nota al pie nro. 45.

<sup>117</sup> En términos hipotéticos, podría tratar de establecerse una relación subyacente entre el Reino de España y la Argentina, en la medida en que las primeras instituciones y leyes del territorio surgieron bajo dominio español, durante el Virreinato del Río de la Plata. Sin embargo, dicha asociación es evitada justamente por el empeño de las primeras autoridades patrias en poner fin a la tradición monárquica española, incorporando elementos jurídicos de otros sistemas constitucionales completamente diferentes.

<sup>118</sup> Juan Bautista Alberdi expresa muy claramente esta idea en los siguientes términos: “Para disolver la unidad o integridad nacional de la República Argentina, bastaría aplicarle al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos” (Alberdi, “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, p. 148).

Finalmente, en casi todos los casos, la mera identificación de un vínculo intrínseco entre sistemas constitucionales conlleva una trivialización del proceso constitucional. Ello en virtud de que se asigna un peso desmedido a la influencia de un Estado foráneo en el surgimiento del nuevo ordenamiento, cuando la realidad indica la presencia de un proceso más complejo, en que la flamante constitución ha tomado como referencia insumos de múltiples países y hasta les ha dado su propia impronta. Como hemos visto, la Corte argentina ha reconocido reiteradamente la existencia de un vínculo entre las disposiciones locales y las normas constitucionales de los Estados Unidos. Sin embargo, esta generalización desconoce los matices incorporados por los constituyentes y termina homogeneizando un proceso complejo, en el que se tomaron múltiples referencias foráneas por fuera del país de América del Norte.<sup>119</sup>

En consecuencia, el argumento genealógico resulta inadecuado para fundar y promover el uso autoritativo de los préstamos constitucionales. Más allá de la dudosa existencia de algunos de sus postulados, se trata de un argumento que contradice los fines del proceso constitucional y, en última instancia, lo trivializa.

## *ii. Objeciones a la autoridad técnico-moral*

Pasando a la segunda estrategia para fundar los préstamos autoritativos, se busca salvar la falta de legitimidad democrática desde una concepción propia del derecho natural y la necesidad de aplicar correctamente principios morales comunes. Sin embargo, nuevamente, nos encontramos con una respuesta cuestionable, que otorga una confianza

---

<sup>119</sup> Como desarrolla Böhmer, al diseñar la Constitución de 1853/1960, el sistema presidencialista fue copiado de la Constitución de Chile de 1823, el federalismo estuvo inspirado en el sistema estadounidense, con alguna influencia de los modelos suizo y alemán; y el poder judicial tomó también importantes elementos de los Estados Unidos, como el control de constitucionalidad y el establecimiento de una Corte Suprema. Asimismo, se adoptaron rasgos marcadamente continentales como la sanción de códigos. Ver Böhmer, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, pp. 1095-1096.

ciega en los resultados obtenidos por fuera de nuestro sistema. Además de aquellas críticas directamente asociadas a la concepción ius filosófica del derecho natural,<sup>120</sup> se ponen de manifiesto serios problemas.

En primer lugar, una concepción universalista del derecho constitucional es criticable puesto que implica dejar de lado, o al menos morigerar fuertemente, el vínculo entre una constitución y la comunidad jurídica en que se inserta. A los fines de establecer alguna forma de autoridad con respecto a materiales jurídicos foráneos, la concepción universalista se ve obligada a negar casi todo halo de particularismo que pueda existir dentro de un determinado sistema.<sup>121</sup> Así, elementos como la cultura del país o la idiosincrasia de su población pasarán a un lugar secundario. Llevado al extremo, la idea de “constituirse” no sería más que el apego a ciertos principios globales, que no admiten alteración alguna.

Frente a este escenario, se estaría defiriendo el contenido de la Constitución a agentes externos, que escasa relación guardan con la comunidad local.<sup>122</sup> Tanto el significado original de las palabras del texto constitucional como cualquier cambio que se produzca en la comunidad política local no tendrán (o no deberían tener) ningún impacto significativo en la aplicación de las cláusulas de la Constitución.

En segundo lugar, en términos pragmáticos, el enfoque universalista obliga a los operadores jurídicos a realizar comparaciones metodológicamente imposibles.<sup>123</sup> Aun cuando se esté de acuerdo con la existencia de principios jurídicos trascendentales, cada

---

<sup>120</sup> Por motivos de brevedad y por tratarse de un tema exhaustivamente analizado por otros autores, no me avocaré aquí a tratar las críticas dirigidas a la concepción natural del derecho.

<sup>121</sup> Entre muchos otros autores, Ronald Dworkin desarrolla la importancia de no perder de vista el pasado político de una comunidad a la hora de aplicar el derecho, el cual debe ser concebido como un fenómeno que demanda integridad [ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), pp. 227 y ss.]. Desde mi perspectiva, independientemente de la concepción del derecho que se defienda, esta es un punto que amerita ser tomado en consideración, a los fines de proteger la idea del derecho constitucional como el fruto de un pasado político propio, que nos identifica y nos diferencia de los demás.

<sup>122</sup> Ver Dixon, “A Democratic Theory of Constitutional Comparison”, pp. 957-958 (desarrollando la tensión entre un enfoque universalista del derecho constitucional comparado y un régimen democrático).

<sup>123</sup> Ver Choudhry, “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, p. 834.

comunidad jurídica posee una estructura conceptual propia al momento de aplicarlos, lo cual se manifiesta en la creación de doctrinas legales.<sup>124</sup> Ante este escenario, al momento de evaluar los materiales jurídicos foráneos, un operador jurídico local debería desentrañar las doctrinas legales de cada país, identificar cuál fue el principio moral aplicado y utilizarlo para resolver una cuestión doméstica.<sup>125</sup>

Finalmente, la estrategia analizada resulta defectuosa por su imposibilidad de sostener su premisa básica: la autoridad técnica de ordenamientos foráneos en materia de principios morales.<sup>126</sup> En este respecto, la única forma de defender esta visión autoritativa de los materiales extranjeros implica sostener que ciertos países poseen una mejor posición moral para identificar y aplicar principios, la cual se ve reflejada en su práctica legal. Sin embargo, no existe una explicación plausible para esta convergencia entre lo moral y lo jurídico.<sup>127</sup> Para que la práctica jurídica de ciertos países tenga un valor epistémico o técnico, los consensos alcanzados deben estar basados en el conocimiento de la moralidad o inmoralidad de cierta conducta. Puesto en otros términos, todos los países en cuestión debieron haber modificado exclusivamente sus decisiones internas a partir de haber descubierto la carencia moral de una conducta previa. Pero, a diferencia de lo que estas posiciones buscan sostener, la práctica jurídica de los países suele estar sujeta a multiplicidad de cuestiones de carácter histórico, cultural, económico, social, entre otras.<sup>128</sup> Al no poderse afirmar fehacientemente que la práctica jurídica de las comunidades se funda

---

<sup>124</sup> Ver Choudhry, "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation", p. 834.

<sup>125</sup> A diferencia de lo que sucede con órganos internacionales a los que se les reconoce cierta autoridad técnica, como a la Corte Interamericana en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, aquí la tarea de aplicación de decisiones se vuelve razonablemente más compleja. En efecto, lejos de tratarse de un único órgano que aplica una normativa común, en el supuesto bajo análisis se presentan multiplicidad de tribunales que aplican leyes distintas y se pueden hallar sujetos a condiciones sensiblemente diferentes.

<sup>126</sup> Ver nota al pie nro. 66.

<sup>127</sup> Ver Tripkovic, "The Morality of Foreign Law", p. 742.

<sup>128</sup> Ver Tripkovic, "The Morality of Foreign Law", p. 742 (analizando el consenso internacional con respecto a la prohibición de la pena de muerte en ciertas situaciones y la falta de desarrollo de una discusión moral uniforme sobre el tema).

en un conocimiento pleno de lo que es (o no es) correcto, entonces no hay razones para sostener que determinados ordenamientos gozan de una autoridad técnica en la materia.

Por lo tanto, basar el poder vinculante del derecho foráneo en su autoridad moral conlleva diversos problemas filosófico-jurídicos. Esta posición es incapaz de fundar la autoridad técnica del derecho foráneo en temas morales; y, adicionalmente, conlleva una disociación insoslayable entre las constituciones y sus respectivas comunidades jurídicas.

### *iii. Objeciones a la autoridad por reenvío*

Para finalizar, en lo que concierne a la tercera tipología de los préstamos autoritativos, encontramos que la brecha democrática busca ser salvada a través del reenvío efectuado por el texto constitucional propio hacia materiales que se encuentran por fuera de nuestro ordenamiento.

Por tal motivo, al menos en principio, podría sostenerse que las carencias democráticas que padecen los préstamos autoritativos comienzan a subsanarse. Ya no se trata aquí de la decisión aislada de un juez que reconoce autoridad a elementos exógenos; sino de la disposición por parte de una asamblea constituyente. Así, los préstamos autoritativos parecerían comenzar a superar, al menos preliminarmente, sus problemas con el régimen democrático. A pesar de que los materiales tomados seguirán siendo ajenos a nuestro ordenamiento jurídico, los constituyentes han decidido que merecen algún grado de autoridad y que, consecuentemente, los jueces deben tenerlos en consideración.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario realizar dos grandes salvedades a lo expuesto hasta aquí, que razonablemente limitan la validez y alcance de estos préstamos.

En primer lugar, en tanto el presente argumento puede plantearse en relación con reenvíos implícitos o explícitos, allí persiste una distinción importante al momento de

analizar su compatibilidad con el régimen democrático. Mientras que los reconocimientos expresos de autoridad por parte de la Constitución brindan una imposición clara por parte del órgano constituyente, no puede decirse lo mismo al momento de hablar de reenvíos implícitos al derecho foráneo. En esta última circunstancia, puesto que el texto constitucional no brinda una pauta expresa al respecto, es una ficción asociar la presunta autoridad de materiales extranjeros con una raigambre democrática. Para hacerlo, el juez se ve necesariamente obligado a recurrir a elementos externos, como puede ser la intención del convencional constituyente, asumiendo las múltiples tensiones jurídicas que ello acarrea en términos ontológicos,<sup>129</sup> metodológicos<sup>130</sup> y prácticos.<sup>131</sup> Para ilustrar esta problemática, observemos lo sucedido en el caso argentino. Como hemos visto, las ideas sarmientinas sirvieron de sustento para delinear cierta deferencia implícita por parte del derecho argentino hacia el derecho constitucional estadounidense.<sup>132</sup> No obstante, quitando del medio las declaraciones aisladas de algunos convencionales constituyentes, podemos observar que la redacción final de la constitución refleja la influencia de múltiples tradiciones jurídicas por fuera de la proveniente de los Estados Unidos, de las que también se podría derivar alguna clase de reenvío.<sup>133</sup> En consecuencia, aun cuando la intención de

---

<sup>129</sup> Al recurrir a variantes del intencionalismo para fundar los reenvíos, en el plano ontológico, surgen problemas relativos a la existencia de algo así como la “intención de la asamblea constituyente”. Ver Damiano Canale y Giovanni Tuzet, “What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation”, *Journal of Argumentation in Context* 5, Nro. 3 (2016): p. 252. Incluso cuando se actúe como un cuerpo unificado, la asamblea constituyente no equivale a una persona susceptible de exponer una voluntad única, o al menos predominante, frente a la sociedad.

<sup>130</sup> Resulta ampliamente complejo poder descifrar la intención de los integrantes de una asamblea constituyente. Ver Canale y Tuzet, “What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation”, p. 253. Teniendo en cuenta la multiplicidad de personas intervinientes, la falta de participación activa de todas ellas y la falta de obligatoriedad respecto de los reportes de comisión u otros materiales preparatorios, deviene imposible poder identificar la voluntad subyacente detrás de la sanción de una determinada norma. Ver Antonin Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, en *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann [et al]*, ed. Amy Gutmann (New Jersey: Princeton University Press, 1997), pp. 32-35.

<sup>131</sup> Ver Canale y Tuzet, “What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation”, p. 253. Si bien podrían encontrarse ciertos acuerdos generales (p. ej.: remisión al derecho estadounidense), estos podrían convertirse en tantas alternativas posibles como convencionales hubiese habido en la asamblea, al momento de su aplicación concreta.

<sup>132</sup> Ver § II.A.iii.

<sup>133</sup> Ver Böhmer, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, pp. 1095-1096.



ciertos legisladores parece haber sido “clara”, nada de eso se encuentra asentado en la Constitución. Ello deja a los presuntos reenvíos inmersos en una nube de oscuridad, que solo puede ser disipada en uno u otro sentido por quien sea el encargado de tomar la decisión.

Adicionalmente, defender la existencia de reenvíos implícitos conlleva un insalvable distanciamiento entre la ciudadanía y el derecho. En efecto, el ciudadano promedio quedaría incapacitado de conocer el derecho por medio del texto de la ley. Así como el Congreso se expide a través de leyes, la Asamblea Constituyente lo hace por medio de un texto final que somete a votación. Ese texto, y *solo el contenido de ese texto*, es el resultado del procedimiento institucional dispuesto al efecto, que cuenta con la deliberación previa necesaria y las mayorías exigidas para convertirse en disposiciones constitucionales. De tomarse en cuenta elementos ajenos, como puede ser la intención de los constituyentes, simplemente se estaría dando peso a elementos irrelevantes para el proceso mencionado.<sup>134</sup> Por lo tanto, todos los ciudadanos estaríamos imposibilitados de confiar en el texto de nuestra Constitución, puesto que existirían normas constitucionales por fuera de él, y que solo podrían ser descubiertas apelando a algo tan abstracto como la subjetividad de los constituyentes u otros elementos que puedan dar cuenta de los reenvíos estudiados.

Ante estas objeciones, se torna casi imposible rastrear de manera objetiva la raigambre democrática de los reenvíos implícitos y, por ende, reconocer una autoridad jurídica válida en fuentes extranjeras.

---

<sup>134</sup> Adentrándonos en la esencia de las instituciones deliberativas, entiendo que al momento en que una sociedad define sus procesos de deliberación política, incluyendo a los órganos constituyentes, el objetivo que se busca es garantizar ciertas condiciones mínimas (de participación, consenso, transparencia, etc.) a la hora de tomar decisiones. Así, únicamente el resultado del proceso institucionalizado, sea una ley o una reforma a una normativa vigente, será el que cumpla con las condiciones mencionadas, las cuales hacen a su propia validez.

La segunda salvedad a realizar, en relación principalmente con los reenvíos expresos que observamos en constituciones como la de Malawi o Sudáfrica,<sup>135</sup> es que aún quedarán latentes otros riesgos asociados a decisiones institucionales que buscan dar valor jurídico a elementos ajenos a nuestro ordenamiento. En otras palabras, aun cuando puedan considerarse válidos jurídicamente, podrán seguir siendo aplicables diversas críticas en términos de diseño constitucional, relacionadas con la conveniencia de pactar cláusulas con estos alcances. Lejos de ser una decisión tomada a la ligera, los convencionales constituyentes deben evaluar el impacto que estos reenvíos pueden tener sobre el resto del sistema constitucional doméstico y los potenciales problemas que podrían producirse.

En síntesis, observamos que algunos supuestos de reenvíos cuentan con una respuesta apropiada a las tensiones jurídicas propias de la idea de préstamos autoritativos. A diferencia de lo que sucede con las variantes más implícitas de los reenvíos, los argumentos genealógicos o aquellos basados en una autoridad técnico-moral, aquí sí se brinda una solución a la carencia de legitimidad democrática, independientemente del resto de los riesgos que puedan traer asociados en el plano institucional.

### **B. Objeciones a los préstamos no autoritativos**

Luego de exponer los límites de los préstamos autoritativos, resulta pertinente pasar a analizar los problemas relacionados con aquellos usos no autoritativos del derecho foráneo.

En estos supuestos, en tanto no se reconoce autoridad jurídica a fuentes extranjeras, ningún problema de validez parecería restringir esta práctica de los jueces.<sup>136</sup>

Los tribunales pueden echar mano a un amplio número de herramientas para desarrollar

---

<sup>135</sup> Ver nota al pie nro. 84.

<sup>136</sup> Ver Jackson, "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement", p. 120; Rosenkrantz, "En contra de los 'préstamos' y de otros usos 'no autoritativos' del derecho extranjero", p. 89; Mark Tushnet, "Transnational/Domestic Constitutional Law", *Loyola Los Angeles Law Review* 37 (2003): pp. 257-267.

sus decisiones, incluyendo materiales extranjeros. Siempre y cuando dichos materiales no sean usados en desmedro del derecho vigente, al menos en principio, no parecería existir un ataque a las instituciones democráticas. En todo caso, de lo que se debe tener cuidado no es de la facultad para hacerlo, sino de la manera en que hacen que los elementos foráneos interactúen con las disposiciones normativas.<sup>137</sup>

Ahora bien, aun cuando se trate de una herramienta valiosa para el juez en ciertas circunstancias, sobre todo en sus facetas reflectiva y constructiva,<sup>138</sup> y sea válida jurídicamente; considero que persisten una serie de riesgos que desincentivan su uso. En efecto, la práctica del préstamo se encuentra ligada a una serie de problemas, ya sea en su implementación o en sus resultados, que no pueden ser pasados por alto. Esta afirmación resulta aplicable a los tres tipos de préstamos no autoritativos descriptos,<sup>139</sup> sin perjuicio de que el nivel de problematicidad sea definitivamente mayor a medida que el uso del derecho foráneo gana lugar dentro de la sentencia. En otras palabras, cuanto más invasivo sea el rol de los materiales extranjeros dentro de la decisión judicial, mayor será cuidado que se deberá tener con respecto a los riesgos que se exponen a continuación.

#### *i. Riesgos metodológicos*

La primera objeción que debilita el recurso a los préstamos no autoritativos se centra en el alcance limitado de la aptitud de los jueces para hacer uso del derecho extranjero, de una forma objetiva, integral y veraz.

---

<sup>137</sup> Parrish, “Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law”, pp. 652-653.

<sup>138</sup> Ver nota al pie nro. 88.

<sup>139</sup> Ver § II.B (función fáctica, función dialógica y función constructiva). Si bien cada función tiene matices diferentes, lo que propondré en esta sección es que todas se hallan sujetas a problemas similares. En todo caso, eventualmente, podría tratar de delinearse una diferencia de grados, siendo los usos fácticos menos problemáticos que los constructivos. Sin embargo, como veremos, ello no quita que algún tipo de préstamos no autoritativo deje de ser problemático.

En este sentido, la defensa del uso del derecho extranjero como una herramienta jurídica relevante para la toma de decisiones locales necesariamente requiere una metodología de estudio adecuada para conocer fielmente el derecho bajo análisis. Caso contrario, la función última de este tipo de préstamos (mejorar el valor argumentativo de la sentencia o acercarse a la respuesta correcta a una determinada cuestión jurídica) se vería truncada. El acercamiento a la respuesta correcta sería, en realidad, aparente o, en el mejor de los casos, casual. Ante estas exigencias, se presentan ciertos problemas metodológicos, tanto de carácter cualitativo como cuantitativo.

Por una parte, la dimensión cualitativa de los problemas metodológicos de estos préstamos se encuentra en la necesidad de obtener un conocimiento idóneo de la cultura jurídica cuyos materiales se “toman prestados”.<sup>140</sup> No basta con leer la sentencia dictada por un tribunal extranjero, sino que es necesario comprender el contexto fáctico en el que se inserta, los materiales constitucionales (y quizás legales) que sirvieron de base para tal decisión, el marco institucional con que contaban los jueces en ese momento, entre otros elementos que hicieron a la decisión en sí. Todo ello sumado a las posibles diferencias idiomáticas y culturales entre ambos países.<sup>141</sup> De no contemplarse una metodología de comparación que tenga en cuenta estos pre requisitos, la decisión local que se adopte quedará expuesta, al menos, a dos efectos. Primero, se estará exponiendo a utilizar un material proveniente de un contexto fáctico o jurídico distinto del que se inserta.<sup>142</sup> Por ende, lo que en apariencia será presentado como un avance en la dirección de una respuesta jurídica correcta, en la realidad será la respuesta a una cuestión diferente o el resultado de

---

<sup>140</sup> Ver Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, p. 67 (“[E]l desafío central del método comparado es entender la experiencia legal de otras jurisdicciones con la suficiente profundidad para ser capaz de determinar apropiadamente su relevancia e incluirla en el proceso de razonamiento”).

<sup>141</sup> Ver Thomas O. Main, “The Word Commons and Foreign Laws”, *Cornell International Law Journal* 46, Nro. 2 (primavera, 2013) (explicando cómo la complejidad del idioma y la costumbre torna casi inaccesible para jueces extranjeros entender las particularidades de una determinada situación jurídica surgida en un país ajeno al suyo).

<sup>142</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 89 (explicando que las diferencias constitucionales entre uno y otro país es el límite de los préstamos).

variables no presentes en el ordenamiento interno. Segundo, se correrá el riesgo de, lisa y llanamente, estar citando el derecho foráneo de manera errónea. En otros términos, se atribuirá a autoridades extranjeras decisiones que no tomaron o que al menos no tenían las implicancias que le están otorgando las autoridades locales.<sup>143</sup>

Por otra parte, la dimensión cuantitativa del problema metodológico es que la realización de préstamos requiere tener en cuenta los avances jurídicos de todos los países en condiciones de ser comparados. Exponer el estado de la cuestión en el mundo o vislumbrar los avances sobre determinada discusión exige tener un conocimiento de todos los ordenamientos jurídicamente relevantes.<sup>144</sup> Si solo se tienen en consideración “ciertos” ordenamientos, difícilmente pueda sostenerse que una determinada conclusión cuenta con el respaldo de la comunidad internacional. Después de todo, si lo que se busca es usar la experiencia acumulada sobre el tema, carece de sentido tomar como base la solución alcanzada en un ordenamiento concreto y, al mismo tiempo, ignorar las decisiones adoptadas por otros países en iguales condiciones. Emplear una metodología que carezca de este tipo de objetividad implicaría evitar tomar una decisión basada en elementos autónomos, pero al mismo tiempo dar un peso determinante a lo dicho por un solo país sobre el asunto, aun cuando se encuentre equivocado. En esta circunstancia, es esperable que los resultados obtenidos se hallen influenciados por las opiniones o intereses

---

<sup>143</sup> Como ejemplo paradigmático de estos problemas metodológicos, en 1992, la Corte Suprema argentina decidió reconocer el derecho a réplica de un individuo, quien alegaba haber sufrido una lesión en sus sentimientos religiosos con motivo de ciertas expresiones vertidas en el marco de un programa de televisión. Para ello, la Corte otorgó un peso fundamental a una decisión previa de la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluyendo una larga transcripción de sus “argumentos” [Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos 315:1492 (7 de julio de 1992), considerando 9º]. Sin embargo, más allá del mérito de la sentencia, lo verdaderamente llamativo del caso es que la Corte estadounidense, en la referenciada, había fallado de forma exactamente opuesta a como lo hizo el tribunal argentino. Si nos adentramos en el fallo extranjero, podremos confirmar que la cita realizada por los jueces nacionales fue descontextualizada y, en realidad, confundieron los verdaderos argumentos de sus pares foráneos [Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974)].

<sup>144</sup> Por “jurídicamente relevantes” se hace referencia a todos los ordenamientos susceptibles de ser tenidos en cuenta a los fines de la comparación, principalmente por su similitud con el ordenamiento local en relación con la cuestión jurídica bajo análisis.

personales del operador jurídico, es decir, la persona encargada de elegir cuál o cuáles serán los países a considerar.<sup>145</sup>

En la medida en que se trata de restricciones fácticas, siempre está la posibilidad de que sean efectivamente superadas. Por lo tanto, su impacto resultaría meramente relativo y de ninguna forma aniquilaría la posibilidad de emplear derecho foráneo. Sin embargo, aun cuando se trate de una objeción “superable” en términos teóricos, lo que se debe cuestionar es si los jueces están en condiciones y dispuestos a pagar el precio requerido. Si coincidimos en que un adecuado recurso a los préstamos requiere satisfacer los requisitos cualitativos y cuantitativos previamente descriptos, entonces cada juez deberá “sumergirse” en las culturas jurídicas foráneas antes de tomar prestado algún material.<sup>146</sup> En países como la Argentina o los Estados Unidos, en donde el control de constitucionalidad es difuso, se debería exigir a los miles de magistrados de todo el país un manejo total del derecho comparado o, alternativamente, que cuenten con un grupo de asesores que se lo brinden — una opción utópica en países con límites presupuestarios ordinarios. Aun cuando se lograra acortar el número de países relevantes,<sup>147</sup> este nivel de exigencia choca frontalmente con la práctica cotidiana, en la que las decisiones judiciales locales simplemente se limitan a constatar la existencia de estructuras constitucionales similares en uno y otro país, y a citar lo dicho por jueces foráneos.

Ante este obstáculo para los préstamos no autoritativos, se ha planteado que la rigurosidad metodológica puede variar sensiblemente dependiendo del tipo de uso que se

---

<sup>145</sup> Dentro del léxico científico, una metodología inadecuada de comparación equivaldría al llamado “cherry-picking” o utilización solo de aquellos datos que son útiles para defender una posición definida de antemano. Ver Corte Suprema de los Estados Unidos, *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005), disidencia del juez Scalia, p. 1228.

<sup>146</sup> Ver Gregory S. Alexander, *The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts*, Northwestern University Law Review 70, Nro. 4 (1976): p. 636, nota al pie nro. 121 (desarrollando que el entendimiento verdadero del derecho foráneo solo puede lograrse a partir de la empatía con los valores jurídicos de dicho ordenamiento). Ver, también, Main, “The Word Commons and Foreign Laws”, pp. 255-258.

<sup>147</sup> Ver Posner y Sunstein, “The Law of Other States”, pp. 169-172 (proponiendo una detallada metodología de clasificación de países a los fines de reducir la muestra a los estrictamente necesarios).

les otorgue a los préstamos.<sup>148</sup> Así, salvo en su utilidad más constructiva del derecho, los préstamos no requerirían gran conocimiento del ordenamiento foráneo por parte del juez local, sino que bastaría con obtener los datos relevantes para el caso propio.<sup>149</sup> No obstante, ello solo resulta parcialmente cierto. Si bien la utilización de materiales extranjeros a los fines de la construcción constitucional requiere efectivamente un profundo conocimiento de lo foráneo para ser viable, ello no quita que el uso para fines contextuales o dialógicos pueda desligarse de la necesidad de tener un conocimiento exhaustivo. Cuando un juez “dialoga” con ordenamientos foráneos y determina la aplicabilidad de decisiones extranjeras al contexto local, la corrección de su conclusión dependerá enteramente de la profundidad de su análisis. Mientras que superficialmente la experiencia previa de un país podría arrojar luz sobre cierta discusión local, en el fondo podría tratarse de una discusión diferente. Por lo que la mejor comprensión del ordenamiento constitucional propio sería meramente aparente. De la misma forma, la idea de enmarcar la decisión local con lo sucedido en otras latitudes únicamente tendrá valor en la medida que sea un reflejo de la realidad. En todo caso, se podría recurrir a posiciones hipotéticas sobre el asunto, pero sin llegar a tergiversar lo decidido por jueces extranjeros.

Por lo tanto, las exigencias metodológicas de los usos no autoritativos resultan desproporcionadas en relación con los beneficios obtenidos. Fomentar una práctica metodológicamente fuera del alcance de los jueces resulta insensato, ya que repercutirá directamente en el contenido de las sentencias.

## *ii. Riesgos de complejidad*

Una segunda objeción de carácter más sustantivo a los préstamos no autoritativos ataca directamente su incompatibilidad con la idea de un derecho llano y accesible.

---

<sup>148</sup> Ver Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, p. 73.

<sup>149</sup> Ver Saunders, “The use and misuse of comparative constitutional law”, p. 73.

Si entendemos al derecho como una práctica social en la que interactúan normas, ciudadanos y operadores jurídicos, la claridad en la comunicación se torna un elemento indispensable. La comprensión de lo que se busca transmitir es la base del funcionamiento del derecho, en la medida en que le permite ser acatado y reafirma su cercanía con la población.<sup>150</sup> La disociación de estos elementos atenta contra la esencia del derecho, que deja de ser una práctica ejercida en una determinada población para pasar a ser lo que un determinado grupo de personas dice que es.<sup>151</sup> En este marco, las sentencias, como instrumentos obligatoriamente fundados en normas, también deben ser capaces de transmitir con claridad la solución a una determinada cuestión jurídica. De no hacerlo, simplemente se estaría fomentando la mencionada disociación entre el derecho y sus receptores, *i.e.*, los ciudadanos; quienes se verían incapacitados de comprenderlo por sus propios medios.

En la vida cotidiana, con algunas excepciones, la complejidad ha invadido la sentencia judicial.<sup>152</sup> El vocabulario complejo y la escritura cargada de formalismos ha hecho imprescindible, y a veces no suficiente, el estudio de la carrera de Abogacía para la correcta comprensión de las decisiones judiciales. Ante este escenario, el recurso a los préstamos, aun cuando no sean autoritativos, potencia la aludida disociación.

Como sostiene Carlos Rosenkrantz, el derecho extranjero es un tópico difícil de aprehender, con el que pocas personas se hallan familiarizadas.<sup>153</sup> Su inclusión en las decisiones judiciales, más allá de sus aspectos positivos, acarrea un nivel de complejidad al

---

<sup>150</sup> Ver, por ejemplo, Joseph Raz, *The Authority of Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 214 (“[S]i el derecho debe ser obedecido, debe ser capaz de guiar el comportamiento de los sujetos. Debe ser tal que ellos puedan descubrir lo que es y actuar en consecuencia”).

<sup>151</sup> Ver Mariela Puga y Máximo Lanusse, “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 10, Nro. 1 (agosto 2009), p. 181 (denunciando los problemas de una concepción del derecho centrada en las cuestiones jurídicas como disputas entre abogados, sin dar suficiente relevancia a la relación entre los ciudadanos y la ley).

<sup>152</sup> Mónica J. Grajewski, “El lenguaje claro en el ámbito jurídico”, *Erreius, Temas de derecho procesal* (mayo 2019).

<sup>153</sup> Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 94.



punto que las vuelve inaccesibles para el ciudadano promedio.<sup>154</sup> Si de por sí puede ser difícil leer una sentencia, mucho más lo será si esta incluye una amplia gama de referencias a lo dicho por autoridades extranjeras, muchas veces en un idioma diferente del nuestro, en contextos diversos y aplicando métodos interpretativos que nos son ajenos.

En el marco de una decisión judicial, esta complejidad adicional resulta innecesaria. Si se parte de la premisa de que, en estos supuestos, el derecho foráneo no tiene ningún tipo de autoridad vinculante sobre los tribunales locales, no hay nada que impida a los jueces llegar a las mismas conclusiones, pero excluyendo a dichas referencias de sus decisiones. En todo caso, el estudio del derecho foráneo deberá ser llevado a cabo por cada juez, pero sin que ello se vea reflejado en las sentencias. Asimismo, esta exclusión permitirá contemplar de manera más nítida el razonamiento aplicado por el tribunal y su apego a la constitución. Si una determinada conclusión no puede ser razonablemente derivada del derecho vigente sin referencia al derecho extranjero, entonces probablemente la referencia al derecho foráneo solo tendría la misión de forzar los resultados de una sentencia.

Por lo tanto, al recurrir a materiales foráneos no autoritativos, y así evitar basar las decisiones judiciales enteramente en el derecho vigente —pudiendo hacerlo—, los jueces socaban la relación entre los ciudadanos y el derecho.<sup>155</sup> Esta disociación resulta problemática en el contexto de una comunidad jurídica, puesto que restringe la participación de los ciudadanos y los excluye del debate de ciertas cuestiones constitucionales.

---

<sup>154</sup> Recientemente, el Procurador General de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe ha defendido la utilización de los préstamos no autoritativos con fundamento en la necesidad de rectificar los usos incorrectos de jurisprudencia extranjera que han hecho previamente los tribunales argentinos [Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, *Gabet, Mariana Guadalupe c/ Fravega S.A. s/ Recurso de Inconstitucionalidad*, Dictamen del Procurador General Nro. 105-2020 (2020), considerando 53]. Si bien la mencionada rectificación puede ser deseable, vuelve a dar cuenta la suma complejidad que se está agregando a las sentencias judiciales. En lugar de centrar la discusión en el derecho argentino, los magistrados deberían avocarse a interpretar la legislación y jurisprudencia extranjera, en general conformada por una multiplicidad de fallos con sus respectivos matices. Dicha postura, en mi opinión, difícilmente podría ser compatible con una idea robusta de la interacción entre los ciudadanos y el derecho, con independencia de los méritos académicos de la discusión.

<sup>155</sup> Ver Rosenkrantz, “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, p. 94.

### iii. Riesgos para la autoridad del juez

Finalmente, es posible pensar un tercer argumento que desincentive la utilización del derecho foráneo con fines no autoritativos por parte de los jueces. Cuando los magistrados abusan del recurso a los materiales extranjeros, lo que se hallará puesto en juego es nada más y nada menos que la propia autoridad de los integrantes del Poder Judicial frente a la sociedad.

De manera razonable, ante tal afirmación, la respuesta intuitiva será sostener que justamente, a través del recurso a materiales foráneos, será la autoridad del juez la que se vea más favorecida. Ello en virtud de que el recurso a materiales extranjeros es una herramienta para construir legitimidad, que permite mostrar los conocimientos jurídicos de los magistrados y aumentar el poder persuasivo de las sentencias.<sup>156</sup>

No obstante, será esa idea la que intentaré controvertir a partir de los párrafos siguientes, argumentando que el juez pierde autoridad cuando se apoya excesivamente en materiales extranjeros.

Para ello, reparemos un momento en la función misma de la jurisdicción. La judicialización de un conflicto implica recurrir, en general a pedido de una de las partes, a un tercero imparcial que tomará una decisión que dirima el pleito *con base en la ley*. En este marco, el mencionado tercero imparcial (el juez) garantizará que la decisión que resuelva el conflicto se base en reglas abstractas conocidas de antemano por las partes, y no en factores ajenos a ellas.<sup>157</sup> La jurisdicción, por consiguiente, versa sobre la aplicación de disposiciones normativas abstractas a casos concretos. La decisión que resuelve el caso no forma parte del conflicto jurídico ni surge con este, sino que se deriva de la ley vigente, independientemente del desacuerdo que presenten las partes.<sup>158</sup> De sostenerse lo contrario,

---

<sup>156</sup> Ver nota al pie nro. 88.

<sup>157</sup> Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016), p. 270.

<sup>158</sup> Atria, *La forma del derecho*, p. 270.

se recurriría ante los órganos jurisdiccionales al solo fin de obtener una decisión definitiva al caso, y no para obtener una decisión basada en la ley vigente.<sup>159</sup>

Así, si lo que se espera de un magistrado es la resolución de un caso conforme a la ley vigente, entonces cualquier apartamiento de la ley implicará un socavamiento de su propia autoridad. En última instancia, realizar la adjudicación de un conflicto tomando en consideración factores externos a los jurídicamente relevantes en la comunidad política va en contra de lo que se espera (o se debe esperar) de un juez.<sup>160</sup> La decisión final podrá ser razonable, convincente y deseable, pero se apartará de la función propia del magistrado.

Con ello en mente, al hablar de préstamos constitucionales no autoritativos, no hay dudas acerca de que, en principio, el magistrado sigue apegándose al derecho vigente, aunque recurriendo a instrumentos “complementarios”. La decisión que resuelve pleito seguiría estando sujeta a la ley. Por ende, a primera vista, la autoridad judicial se encontraría salvada.

Sin embargo, este análisis admite alguna complejidad adicional. En efecto, considero que pueden existir casos en los que el recurso a materiales foráneos de forma no autoritativa se torne tan prominente en el marco de una sentencia que pase a afectar, o al menos dar la imagen de que afecta, al resultado de la decisión en sí. En otras palabras, aun cuando no sea una fuente de autoridad, el derecho foráneo ocupará un rol central que podría generar la apariencia de que efectivamente condiciona la resolución del conflicto.

---

<sup>159</sup> Este contrapunto también puede ser analizado desde la diferencia entre jurisdicción y política. Mientras que la decisión jurisdiccional busca resolver una cuestión a través de la deferencia a la ley; la decisión política no se encuentra sujeta a tal condicionamiento, sino que pone fin al conflicto tomando en consideración factores no necesariamente contemplados en una ley. Ver Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, traduc. Miguel Sanchez Sarto (México: UNSAM, 2011), p. 18. *En contra* Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?* (Berlín: 1931), p. 28.

<sup>160</sup> Ver Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, p. 16 (sosteniendo que el apego a la ley hace a la esencia de la actividad jurisdiccional, en tanto permite a los jueces mantener su independencia con respecto al caso).

Observemos, por ejemplo, lo sucedido en la causa *Dávila c. Valdes*.<sup>161</sup> Allí, la Corte Suprema debía decidir sobre la aptitud del cesionario de un crédito para recurrir al fuero federal, tomando en consideración una ley que expresamente preveía la cuestión.<sup>162</sup> Sin embargo, aun cuando el problema se hallaba previsto legalmente y la discusión giraba en torno a si interpretativamente existía lugar para algún tipo de flexibilización de la norma, tanto la mayoría de la Corte como el juez disidente ocuparon casi la totalidad de sus respectivos votos discutiendo la manera en que el caso era tratado en los Estados Unidos, incluyendo referencias jurídicas de escasa relevancia para el caso. De esta forma, a pesar de haber reconocido la Corte que el derecho vigente trataba específicamente la cuestión, prefirió avocarse a discutir largamente precedentes foráneos, que no resultaban imprescindibles para resolver el conflicto ni se asemejaban exactamente a lo discutido por el tribunal.<sup>163</sup>

Si coincidimos en que la autoridad del juez se halla en su apego al derecho vigente, esta colocación del foco argumentativo en discusiones accesorias de derecho extranjero puede generar un efecto negativo. Los argumentos vertidos en la sentencia simplemente “partirán” de la base de disposiciones normativas propias, para luego pasar a elaborar extensos desarrollos sobre el derecho foráneo. La discusión jurídica, como se percibe en los casos citados, versará casi exclusivamente sobre la aplicación de esas fuentes extranjeras en sus respectivos países, discutiendo precedentes extranjeros y doctrinas actuales. Como

---

<sup>161</sup> CSJN, *Ramón Dávila c. Ricardo Valdes por cobro de pesos*, Fallos 23:726 (6 de diciembre de 1881).

<sup>162</sup> Congreso de la Nación, Ley Nro. 48 (14 de septiembre de 1863), artículo 8º: “En las causas entre una Provincia y vecinos de otra, o entre una Provincia y un súbdito extranjero, o entre un ciudadano y un extranjero o entre vecinos de diversas Provincias; para surtir el fuero Federal, es preciso que el derecho que se disputa *pertenezca originariamente, y no por sección o mandato, a ciudadanos, extranjeros o vecinos de otras Provincias respectivamente*” (énfasis agregado).

<sup>163</sup> Los tribunales argentinos han incurrido en estos abusos del derecho extranjero de manera reiterada. Ver, por ejemplo, CSJN, *Fernández Prieto*, considerandos 8-14 (aplicando el artículo 18 de la Constitución Nacional, la Corte recurre a un largo y forzado análisis de precedentes estadounidenses, a los fines de convalidar la realización de una requisita por parte de las fuerzas de seguridad, aun cuando carecía de claros fundamentos en el derecho local para hacerlo); CSJN, *Waltta, César Luis s/ causa n° 3300*, Fallos 327:3829 (21 de septiembre de 2004), disidencia del juez Maqueda, considerandos 11-14 (analizando jurisprudencia estadounidense y europea a los fines de refutar la doctrina sostenida por otros jueces de la Corte argentina en casos previos, al momento de aplicar las garantías constitucionales de los individuos).

consecuencia de la centralidad otorgada por el juez a los materiales no autoritativos, se corre el riesgo de que los destinatarios perciban un apartamiento del derecho vigente, incompatible con la autoridad judicial.<sup>164</sup> Entonces, el proceso judicial, encabezado por el juez, puede dejar de ser percibido como el campo de las reglas preestablecidas, para transformarse en una práctica esotérica, cuyo entendimiento queda reservado para unos pocos privilegiados.

En última instancia, el foco argumentativo es colocado por el operador jurídico en elementos no autoritativos, lo cual lleva a ser difusa su verdadera relación con la ley aplicable. Como correlato de ello, la ley argentina se ve desplazada a un segundo plano dentro de la propia sentencia y los argumentos vertidos por el magistrado pasan a tener una relación mediata para con ella.<sup>165</sup>

Frente a ello, el proceso de construcción de la autoridad de los magistrados puede verse frustrado. En lugar de percibirse un juez atento a lo dispuesto por el legislador local, se observa uno preocupado por disquisiciones teóricas foráneas, que no siempre están evidentemente relacionadas con los casos debatidos en el foro nacional. Consecuentemente, se corre el riesgo de que la ciudadanía o los destinatarios de la sentencia no alcancen a percibir la autoridad que deben ostentar los miembros del Poder Judicial al momento de cumplir con su función jurisdiccional. En el peor de los casos, se encontrarán con un juez que desatiende al derecho vigente, aun cuando sea *nuestro*.

---

<sup>164</sup> En palabras de Carl Schmitt podría hablarse de una pérdida de la “apariencia de judicialidad” (ver Schmitt, *La defensa de la Constitución*, p. 16).

<sup>165</sup> Ver G. Brinton Lucas, “Structural Exceptionalism and Comparative Constitutionalism”, *Virginia Law Review* 96, Nro. 8 (diciembre 2010): pp. 2002-2006 (planteando la idea de que, detrás de la utilización de decisiones extranjeras para dirimir cuestiones locales, existe una intención del juez de abandonar su rol de magistrado para acercarse hacia las actividades propias de los órganos políticos). Si bien esta idea amerita algún matiz en función de las particularidades del caso, logra hacer un punto con respecto a la posición que adopta el juez en relación con el conflicto que debe resolver. En concreto, permite dar cuenta de un juez que no se limita al texto legal, sino que sale a buscar por fuera de sus fronteras la solución adecuada al problema. Ciertamente, se pone de manifiesto cierto carácter proactivo, que se apodera de la figura del juez.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de cierre, una vez realizada la categorización correspondiente, he intentado ilustrar los principales problemas del uso del derecho extranjero al momento en que los jueces resuelven una determinada cuestión constitucional.

Como vimos, en lo que respecta a los usos autoritativos, por regla, los tribunales se encontrarán vedados de reconocer autoridad jurídica a materiales foráneos. Salvo en limitadas excepciones, ninguno de los argumentos jurídicos históricamente esgrimidos resulta suficiente para dotar de carácter vinculante a elementos extranjeros. Asimismo, cabe resaltar que dicha conclusión presenta cierto correlato con el día a día, en el que los usos autoritativos son cada vez más escasos.

En cuanto a los préstamos no autoritativos, no caben dudas de que los jueces están facultados para hacer uso de ellos, como observamos a diario. Sin embargo, el hecho de que sea una práctica aceptada entre los operadores jurídicos argentinos no nos puede llevar a concluir que debe ser mantenida. En cambio, resulta de suma importancia que demos cuenta de sus riesgos y sepamos en qué situaciones puede tornarse perjudicial. Las limitaciones metodológicas de los magistrados, la peligrosa complejidad alcanzada por las sentencias y los riesgos para la propia autoridad de los tribunales deberían ser motivos suficientes para poner fin a un fenómeno cuya justificación parece cada vez más lejana.

En países como la Argentina, en los que el recurso indiscriminado al derecho foráneo sigue vigente, dar cuenta de estos riesgos resulta imperioso. Sin los debidos recaudos, se seguirán repitiendo los mismos errores, usando y abusando de las fuentes jurídicas extranjeras, como si allí se encontrase la solución mágica a discusiones constitucionales autóctonas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Adler, Matthew D. “Can Constitutional Borrowing be Justified--A Comment on Tushnet”. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1, Nro. 2 (Otoño 1998): pp. 350-357.
- Alberdi, Juan Bautista. “Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853”, *Obras Completas, Tomo V*. Buenos Aires, 1886.
- Alberdi, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, 1ra ed. Buenos Aires: Lancelot, 2009.
- Andrade Neto, Joao. “The normativity of judicial borrowings: A blind spot in judicial decision-making studies”. *Revista Direito & Práxis* 7, no. 15 (2016): pp. 113-149. DOI: 10.12957/dep.2016.20048.
- Atria, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Atria, Fernando. “Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo”. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers* 100 (2011): p. 15. Disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/100](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/100).
- Basnet, Gyan. “A Critical Approach to the Study of Constitutional Migration”. *Cambridge Student Law Review* 4, Nro. 1 (2008): pp. 40-53.
- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Blatt, William S. “Interpretative Communities: The Missing Element in Statutory Interpretation”. *NW. U.L.REV.* 95, Nro. 335 (2001): pp. 629-689.

- Böhmer, Martín. “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, editado por Roberto Gargarella, pp. 1085-1108. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.
- Canale, Damiano y Tuzet, Giovanni. “What the legislature did not say. Legislative intentions and counterfactuals in legal argumentation”. *Journal of Argumentation in Context* 5, Nro. 3 (2016): pp. 249-270.
- Choudhry, Sujit. “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”. *Indiana Law Journal* 74, Nro. 3, Artículo 4 (1999): p. 819-892.
- Choudhry, Sujit. “Migration as a new metaphor in comparative constitutional law”. En *The Migration of Constitutional Ideas*, editado por Sujit Choudhry, pp. 1-35. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Choudhry, Sujit. “The Lochner era and comparative constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law* 2, Nro. 1 (enero 2004): pp. 1-55.
- Cockrell, Alfred. “Rainbow Jurisprudence”. *South African Journal on Human Rights* 12, Nro. 1 (1996): pp. 1–38.
- Cuniberti, Gilles. “Enhancing judicial reputation through legal transplants ‘estoppel travels to France’”. *The American Journal of Comparative Law* 60, Nro. 2 (primavera 2012): pp. 383-400.
- Dixon, Rosalind. “A Democratic Theory of Constitutional Comparison”. *The American Journal of Comparative Law* 56, Nro. 4 (otoño 2008): pp. 947-997.



- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Fontana, David. "Refined Comparativism in Constitutional Law". *UCLA Law Review* 49, Nro. 2 (diciembre 2001): pp. 539-624.
- Glendon, Mary Ann; Carozza, Paolo G. y Picker, Colin B. *Comparative Legal Traditions*, 2da ed. St. Paul: West Group, 1994.
- Graiewski, Mónica J. "El lenguaje claro en el ámbito jurídico". *Erreius, Temas de derecho procesal* (mayo 2019).
- Gutmann, Amy. "Preface". En *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann [et al]*, editado por Amy Gutmann, pp. vii-xiii. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- Jackson, Vicki C. "Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement". *Harvard Law Review* 119, Nro. 1 (Noviembre 2005): pp. 109-128.
- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*. Berlín, 1931.
- Koopmans, T. "Comparative Law and the Courts". *The International and Comparative Law Quarterly* 45, Nro. 3 (1996): pp. 545-546.
- Landa Arroyo, César. "El derecho constitucional comparado en el ordenamiento constitucional nacional: a propósito del IX Congreso Mundial de Derecho Constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho, PUCP* 75 (2015): pp. 11-30.
- Law, David. "Comparativism and judicial diplomacy". *University of Pennsylvania Law Review* 163, Nro. 4 (Marzo 2015): pp. 927-1036.

- Lee, Youngjae. "International Consensus as Persuasive Authority in the Eighth Amendment". *University of Pennsylvania Law Review* 156, Nro. 1 (noviembre 2007): pp. 63-120.
- Lucas, G. Brinton. "Structural Exceptionalism and Comparative Constitutionalism". *Virginia Law Review* 96, Nro. 8 (diciembre 2010): pp. 1965-2010.
- Main, Thomas O. "The Word Commons and Foreign Laws". *Cornell International Law Journal* 46, Nro. 2 (primavera, 2013): pp. 219-290.
- Miller, Jonathan M. "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process". *The American Journal of Comparative Law* 51, Nro. 4 (Otoño 2003): pp. 839-885
- Miller, Jonathan M. "The authority of a foreign talisman: A study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite's leap of faith". *The American University Law Review* 46 (1997): 1516-1572.
- Nazareno, Patricio. "Impunity Reconsidered: International Law, Domestic Politics, and the Pursuit of Justice". *Harvard Human Rights Journal* 33 (2020): pp. 173-274.
- Neuman, Gerald L. "The Uses of International Law in Constitutional Interpretation". *The American Journal of International Law* 98, Nro. 1 (enero 2004): pp. 82-90.
- Parrish, Austen L. "Storm in a Teacup: The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law". *University of Illinois Law Review* 2007, Nro. 2 (2007): pp. 637-680.
- Pegoraro, Lucio. "Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado". En *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, editado por Eduardo Ferrer

- Mac Gregor y Alfonso Herrera García, pp. 33-80. México: Tirant Lo Blanch México, 2013.
- Perju, Vlad. “Constitutional transplants, borrowing, and migrations”. *Legal Studies Research Paper Series, Boston College Law School* 254 (10 de enero 2012)
- Posner, Eric A. y Sunstein, Cass. R., “The Law of Other States”, *Stanford Law Review* 59 (2006): pp. 131-180.
- Puga, Mariela y Lanusse, Máximo. “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria a nuestras ‘otras’ preguntas”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 10, Nro. 1 (agosto 2009): pp. 171-209.
- Solum, Lawrence B. “Originalism and Constitutional Construction”. *Fordham Law Review* 82 (2013): pp. 453-537.
- Racimo, Fernando M. “El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional”. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 2 (2015): pp. 101-181.
- Ravignani, Emilio. *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, Tomo IV. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires, 1937-1939.
- Raz, Joseph. *The Authority of Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.
- Raz, Joseph. *The morality of freedom*. Nueva York: Clarendon Press-Oxford, 1986.
- Rosenkrantz, Carlos F. “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 6, no. 1 (2005): pp. 71-95.

- Sarmiento, Domingo F. *Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina*. Buenos Aires: Editorial Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso, 1929.
- Saunders, Cheryl. “Judicial engagement”. En *Comparative Constitutional Law*, editado por Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, pp. 571-598. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- Saunders, Cheryl. “The use and misuse of comparative constitutional law”. *Indiana Journal of Global Legal Studies* 13, Nro. 1 (invierno, 2006): pp. 37-76.
- Scalia, Antonin. “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”. En *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann [et al]*, editado por Amy Gutmann, pp. 3-47. New Jersey: Princeton University Press, 1997.
- Schmitt, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Traducido por Miguel Sanchez Sarto. México: UNSAM, 2011.
- Sitaraman, Ganesh. “The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation”. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 32, Nro. 2 (Primavera 2009): pp. 653-694.
- Tripkovic, Bosko. “The Morality of Foreign Law”. *International Journal of Constitutional Law* 17, Nro. 3 (julio 2019): pp. 732-755.
- Tushnet, Mark. “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”. *The Yale Law Journal* 108, Nro. 6 (abril 1999).
- Tushnet, Mark. “Transnational/Domestic Constitutional Law”. *Loyola Los Angeles Law Review* 37 (2003): pp. 239-270.

Waldron, Jeremy. "Foreign Law and the Modern Ius Gentium". *Harvard Law Review* 117,  
Nro. 1 (noviembre 2005): pp. 129-147.

Watson, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed. Georgia, Athens:  
University of Georgia Press, 1993.



Universidad de  
**San Andrés**