



EL PRESTAMO CONSTITUCIONAL

Prof. Raúl Arrieta C.

EL PRESTAMO CONSTITUCIONAL

RESUMEN

Cada vez es más frecuente en las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en particular en su Sala Constitucional, asistir a citas de autores y sentencias extranjeras, tomadas generalmente fuera de contexto, en apoyo a una determinada afirmación relacionada con nuestra Constitución, sin el mínimo intento de explicar o argumentar el por qué de esa cita, a veces en idioma extranjero o de obras inéditas, sin conocimiento jurídico valedero y sin ninguna deliberación, haciendo aún más confusa la decisión. El estudio comparado de decisiones siempre es útil, en especial cuando se trata de la interpretación de normas y principios que se encuentran en forma igual o muy parecida a las contenidas en nuestra constitución. Tal como dijera Justice Johann Kriegler en el caso "Bernstein v. Bester" "El estudio comparado siempre es útil, particularmente cuando las cortes en jurisdicción ejemplarizadora batallan con temas universales con que nos confrontan ... Pero esto es un grito lejano en relación a la adopción despreocupada de conceptos alienígenos o de precedentes inapropiados"¹

Este artículo pretende ser una llamada de alerta al uso indebido del préstamo constitucional, inclusive cuando adopta la forma de un trasplante legal hacia una conversión legal

I.- Introducción

Tradicionalmente se había entendido al Derecho Constitucional Comparado como el estudio en profundidad de los ordenamientos constitucionales de los Estados, en contraposición al estudio del derecho constitucional particular, entendido como el relativo al ordenamiento de un Estado, y del derecho constitucional general, destinado, en tanto cuanto a un aspecto particular de la

¹ Decisión de la Corte Suprema de Sudáfrica 1996 (2) SALR 751 (133) (CC). La traducción de la cita es de la exclusiva responsabilidad del autor.

teoría general del derecho, dirigido a entender una serie amplísima de instituciones de los diversos ordenamientos positivos.

Hoy, más allá de la satisfacción de exigencias culturales, de la mejor interpretación y valoración de las instituciones jurídicas del ordenamiento nacional o de la nomotética² e incluso de la integración del derecho y la unificación legislativa que busca la Unión Europea³, ha surgido el término “borrowing” (préstamo)⁴ para significar de manera sucinta un fenómeno abierto y de gran complejidad, que en toda su extensión, abarca influencias constitucionales de variadas formas que cruzan las jurisdicciones nacionales, ya sea mediante el trasplante o la adaptación, conocimiento o no, en la elaboración e interpretación de un sistema constitucional, así como en su desarrollo o uso subsecuente, a través de la jurisprudencia de sus tribunales constitucionales.

También puede darse el caso que el préstamo constitucional pueda incluir el rechazo de la influencia constitucional extranjera, generando, incluso, la aversión a un modelo constitucional en particular.

En realidad, no es nueva la concepción del préstamo constitucional, de hecho, antes de las constituciones escritas era una consecuencia del intercambio intelectual. A partir de los siglos XIX y XX fue más estricta esta costumbre y más acentuada en el desarrollo institucional de las democracias, pero siempre continuó desarrollándose. Sin embargo, lo que llama la atención y, quizás, lo que despierta la mayor polémica en el préstamo constitucional, es como se hizo extensivo a las decisiones de cortes y tribunales constitucionales europeos,

* D. Phil University of Oxford. Profesor de Derecho Constitucional y de Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, miembro principal del Consejo de Facultad, Director Adjunto del Centro de Estudios de Posgrado, Coordinador de la Especialización de Derecho Internacional Económico y de la Integración.

² Biscaretti di Ruffia, Paolo. *“introduzione al diritto costituzionale comparato.”* Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milano 1988

³ Favoreau, Louis. “La Constitutionslisation du Droit”, en *“L’Unité du Droit.”* Mélanges en hommage à ROLAND DRAGO. Economica, Paris. 1996

⁴ Symposium: Constitutional Borrowing. *International Journal Of Constitutional Law*. Oxford University Press, Volume 1, Number 2, April 2003.

asiáticos, africanos y de Norte y Sud América, e incluso como la influencia del Derecho Internacional está presente en sus decisiones.⁵

Una primera hipótesis es que la proliferación de los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, a partir de fines de la Segunda Guerra Mundial, colocan al ser humano en el centro del núcleo duro de las constituciones y, a partir de allí, el uso del comparativismo constitucional se acentúa,⁶ de manera que la argumentación legal de un tribunal constitucional sea utilizada como fuente de argumentación por otros, como en casos cada vez más frecuentes en materia de revisión constitucional de sentencias de las cortes.

Una segunda hipótesis surge, en la existencia de un mundo cada vez más globalizado, ya se trate del préstamo constitucional⁷, de un trasplante legal o de translación de normas y principios de un ordenamiento legal a otro⁸, o bien de la utilización de lo que se conoce como “cross-fecundation” (polinización cruzada), originada en una sentencia de un Tribunal Constitucional, cuando ordena la desaplicación de una norma nacional y la sustituye por la aplicación de la jurisprudencia de un tribunal de derechos humanos⁹. Es así como asistimos a lo dicho por Kant, cuando se refería a los valores fundamentales de la persona humana: “ Desde que la comunidad (más pequeña o más amplia) de naciones de la tierra ha ido tan lejos, que la violación de un derecho en un lugar de la

⁵ Neuman, Gerald L. “The Uses of International Law in Constitutional Interpretation”. En *The American Journal Of International Law*. Volume 98.82. USA, 2004

⁶ Alford, Roger P. “In Search of a Theory for Constitutional Comparativism”, en *52 UCLA Law Review*, pags 639-714. USA 2005.

⁷ *Infra* 4

⁸ Langer, Máximo. “From Legal Transplants to Legal Translation: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, en Volume 45, Number 1, Winter 2004, pags. 1-623, en *Harvard International Law Journal*

⁹ Los Tribunales italianos han desaplicado las disposiciones de su Código Penl en materia de violación, para aplicar los criterios y disposiciones contenidas en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras Argentina hizo otro tanto, al desaplicar las normas y leyes sobre desacato para ajustarse a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y respecto de lo que se conoció como las “Leyes del Perdón” hasta que la Corte Suprema de la Nación Argentina las declaró inconstitucionales. Chile enmendó su constitución y reformó sus leyes en materia de libertad de expresión, a los efectos de ajustarse a las obligaciones internacionales contraídas al ser parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales.

tierra, es sentido en toda ella, la idea del derecho cosmopolita no es algo fantástico o una exageración de la forma de presentar al derecho; es por el contrario, un suplemento del código no escrito del derecho de un Estado y el derecho de las naciones, necesario por el bien de cualquiera de los derechos del ser humano y, por ende de la paz perpetua; solo bajo esta condición nos podemos enorgullecer que constantemente nos aproximamos a la paz perpetua.”¹⁰

Quizás esta situación llevó al ex Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica a afirmar, a propósito de la revisión constitucional, que “... La Corte de Justicia de la Unión Europea, que funciona en la ciudad de Luxemburgo, tiene el poder de revisar las decisiones de aquellos países que se adhirieron al Tratado de Roma. Puede que no sea en la misma forma que lo hacemos nosotros, pero tiene el poder para hacerlo. La Corte Europea de Derechos Humanos, ubicada en Estrasburgo, también provee una forma de revisión internacional”. Para agregar más adelante “... ha llegado el tiempo que las cortes de U.S., empiecen a mirar las decisiones de otras cortes constitucionales para ayudarse en su propio proceso deliberativo ...”¹¹

La jurisprudencia reiterada tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es reiterativa en esta materia, a lo largo de múltiples decisiones sobre el contenido y alcance del proceso debido. Es interesante verificar, como José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, sostiene en su obra que “España, en las dos invitaciones recibidas para comparecer ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha obtenido dos sentencias de condena, imputables ambas a las actuaciones de sus tribunales de justicia; y curiosamente en ambas se ha revelado el sistema de justicia constitucional insuficiente para corregir esas desviaciones al derecho

¹⁰ Kant, Immanuel. “Toward Perpetual Peace”, en Immanuel Kant; *“Practical Philosophy 317, 330-331* Mary Gregor and Allen Wood eds., 1996. La traducción es responsabilidad del autor.

¹¹ Rehnquist, William H. Chief Justice. *“Foreword”*. Discurso dado en la “Comparative Constitutional Law: Defining de Field”, que tuvo lugar en Georgetown University Law Center, el 17 de septiembre de 1999. La traducción es responsabilidad del autor.

fundamental de los ciudadanos a una correcta Administración de Justicia¹².

Venezuela, por su parte, ha llegado a afirmar en la sentencia recaída en el Expediente No. 08-1572 que es “ **INEJECUTABLE** el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5 de agosto de 2008, en el que se ordenó la reincorporación en el cargo de los ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Apitz B., se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces. 2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión.¹³”

En esta perspectiva, el Derecho procesal adquiere una nueva dimensión, por una parte camina hacia una unificación que pone de lado las formalidades procedimentales para enrumbarse hacia una efectiva tutela judicial, y por la otra, no basta con que se incorpore en las constituciones el derecho fundamental al proceso debido en el marco de la recuperación de las libertades públicas. Es de la esencia misma de los derechos humanos que la tutela sea efectiva, el proceso nos debe asegurar que más allá de los derechos y garantías procesales derivados de determinadas disposiciones constitucionales, el garantismo en sí nada significaría si no va acompañado de un derecho procesal que le de plena vigencia. La efectividad de la tutela se prueba en la medida que permita al ser

¹² Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel. “*Derecho Fundamental al Proceso Debido y el Tribunal Constitucional*”, pags. 625-626. Aranzadi Editorial, Navarra 1992.

¹³ Sentencia Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los 18 días del mes de diciembre de dos mil ocho. Años: 198^o de la Independencia y 149^o de la Federación.

humano ser eso: humano. No es concebible un ser humano sin el pleno ejercicio y goce de sus derechos fundamentales¹⁴.

II.- Préstamo Constitucional

El préstamo constitucional viene en distintas formas, dependiendo de los elementos históricos, culturales, sociales e ideológicos de cada sociedad. Los jueces suelen utilizar decisiones de otros tribunales extranjeros cuando resuelven un caso sometido a su consideración, para lo cual deben apreciar qué provisiones tomaron en consideración los constituyentes de esas sociedades, para diseñar la correspondiente institución¹⁵.

Un punto crucial en este aspecto, con el que concuerdo plenamente, es la posición planteada por Epstein y Knight¹⁶, cuando critican posturas de algunos académicos e incluso jueces que centran el problema del préstamo como si fuera parte del diseño constitucional, o bien cuando otros lo focalizan en la importación o exportación de las decisiones judiciales, o de la racionalidad que subyace en las decisiones de las cortes, o bien, cuando otros pocos, lo tratan como si fuera un problema empírico o, cuando se cae en la naturaleza del normativismo; preguntándose cuándo las cortes deben sondear si se aplica derecho internacional y derecho comparado al interpretar la Carta Fundamental de una sociedad o, cómo debería un juez hacer la importación o tomar el

¹⁴ Ver, entre otras obras de interés general en esta materia: Carocca Pérez, Alex. *"Garantía Constitucional de la Defensa Procesal"*. J.M Bosh Editor. Barcelona 1998. Chamorro Bernal, Francisco. *"La tutela judicial efectiva"*. Bosh Casa Editora, S.A. Barcelona 1994. Jauchen, Ecardo M. *"Derechos del Imputado"*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2005. Ferrajoli, Luigi. *"Derecho y Razón"*. Trotta. Madrid 1995. Ferrajoli, Luigi. *"Democracia y garantismo"*. Trotta. Madrid. 2008. Ferrajoli, Luigi.. *"Derechos y garantías. La ley del más débil"*. Trotta. Madrid. 2009. Ferrajoli, Luigi y otros, debate sobre *"Los fundamentos de los derechos fundamentales"*. Trotta. Madrid. 2009.

¹⁵ Adler, Matthew. *"Can Constitutional Borrowing be Justified: A comment on Tushnet"*. 1 U. Pa. Journal of Constitutional Law, pags 350-351. 1998.

¹⁶ Epstein, Lee and Knight, Jack. *"Constitutional borrowing and nonborrowing"* en *international Journal of Constitutional Law*. Oxford University Press and New York University School of Law, pags 196-223

préstamo constitucional en su decisión para ser exitoso o, incluso, cuándo la democracia “Americana” debe o puede ser exportada a otros países¹⁷.

Todas estas distinciones sobre el préstamo constitucional, no consideran el aspecto fundamental, ya que el préstamo constitucional constituye un fenómeno mucho más complejo: el diseño institucional. Cuando una corte constitucional decide o no hacer uso del préstamo constitucional, o establece un diálogo con otros tribunales, se está, en gran medida, articulando con otros sistemas para diseñar instituciones que van a regir la sociedad a la que pertenece¹⁸. Los ejemplos son innumerables, veamos algunos que permitirán iluminar este punto de vista.

Tomaré en primer lugar el caso de Sudáfrica. Después de lograr su independencia, una de sus más difíciles tareas fue la adopción de su Constitución. El African National Congress (ANC) y sus aliados políticos se unieron con el gobernante National Party (NP) y sus aliados en la Convention for a Democratic South Africa (CODESA). Finalmente, después de destrancarse el juego político, el Parlamento adoptó la Constitution of the Republic of South Africa Act 1993, que incluía un título comprensivo de los derechos humanos.¹⁹

Las limitaciones de los abogados sudafricanos eran reales y justificadas, no tenían una efectiva y previa experiencia en el diseño de una constitución, en especial en la elaboración de un estatuto soberano en materia de derechos humanos, esta situación llevó a los constituyentes a utilizar el préstamo

¹⁷ Este último caso ha sido una de las aberraciones más grave en política internacional de varias administraciones estadounidenses. Quizás la más grave ha sido la intervención en Irán durante el gobierno del presidente George W. Bush

¹⁸ *Infra* 16, pag. 197

¹⁹ Una historia comprensiva de la historia reciente de Sudáfrica la encontramos en Spitz, Richard & Chaskalson, Matthew. *“The Politics of Transition: A Hidden History of South Africa’s Negotiated Settlement.”* Witwatersrand University Press. London 2000.

constitucional tanto en el diseño de algunas de las nuevas instituciones, como más tarde a su Corte Suprema para interpretarlas²⁰.

Las dos influencias más importantes en la interpretación constitucional de la Corte Suprema se encuentran en el texto y en la historia. La Sección 35(1) de la Constitución de Transición disponía que “Al interpretar las provisiones de este capítulo, una corte de derecho... deberá, cuando sea procedente, considerar la aplicación del Derecho internacional público para la protección de los derechos humanos contenidos en este capítulo y, deberá afianzarse en el precedente comparable de tribunales extranjeros.”²¹ Es decir, el propio texto constitucional remite a un derecho existente más allá de sus fronteras: Derecho Internacional Público y al “Case Law”, al precedente extranjero.

En el primer caso que conoció la Corte Constitucional, *S v. Makwanyane*²² el magistrado Arthur Chaskalson señaló “No habrá dudas que la jurisprudencia comparada en materia de derechos humanos será importante, particularmente en las primeras etapas de la transición cuando no se ha desarrollado aún una jurisprudencia autóctona en esta rama del derecho, en la cual podemos asentarnos. Aunque la sección 35(1) señala que “debemos” considerar los precedentes extranjeros. Es importante apreciar que esto necesariamente no frece una guía segura para la interpretación del capítulo 3 de nuestra constitución... Nosotros podemos utilizar asistencia del Derecho internacional público y del precedente extranjero, pero de ninguna manera estamos obligados a hacerlo.”

Esta decisión, desde mi punto de vista, tiene una importancia que excede a lo señalado por el magistrado Chaskalson, cuando lo contraponemos con las opiniones de los otros jueces que participaron en la decisión. Así, un número

²⁰ Ibid y Davis, D.M. “Constitutional borrowing: South African Experience” en *International Journal of Constitutional Law*, pag 187

²¹ Traducción responsabilidad exclusiva del autor.

²² 1995 (3) SALR 391 (CC) citado por Davis, pag. 189

importante de jueces analizaron en profundidad los precedentes de otras cortes. Como primera experiencia es interesante notar los errores que cometieron, que serían corregidos en sucesivas decisiones hasta llegar a utilizar correctamente el préstamo constitucional, de manera que pudieron desarrollar una importante serie de precedentes en materia de discriminación racial²³.

Retomando el caso *Makwanyane*, se aprecia en el texto de la decisión, en particular en la argumentación de algunos jueces, que había una amalgama de citas de precedentes de otras jurisdicciones sin ningún tipo de análisis de las diferencias entre los diferentes textos constitucionales utilizados; tampoco se discernía o había un reconocimiento que la cita provenía de un voto de minoría. Simplemente se tomaba el texto importado y se agregaba a la posición del magistrado. Por ejemplo, muchos jueces citaron en esta sentencia, en sus respectivos votos, pasajes de la decisión recaída en *Furman v. Georgia*²⁴, particularmente las opiniones del Magistrado William Brennan, sin ninguna consideración con las opiniones de los otros jueces y consecuentemente, fuera del contexto de la decisión mayoritaria de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.

A partir de esta decisión, la Corte Constitucional de Sudáfrica continuó con la utilización del préstamo constitucional, pero cada vez en un rango más cuidadoso y analítico, así, en la decisión *Berstein*, el magistrado L.W.H. Ackermann buscó *inter alia* y examinó la naturaleza y alcance del derecho constitucional a la privacidad. Su decisión contiene un resumen de la posición adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos, los criterios empleados por la Corte Suprema de Canadá, la Corte Constitucional de Alemania y nuevas referencias a un número importante de casos decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica²⁵.

²³ *President of the Republic of South Africa v Hugo* Prinsloo v Van der Linde. Citados por Davis.

²⁴ 408 U.S 238 (1972)

²⁵ Artículo citado de Davis, pag, 190-191

Hechas estas consideraciones, no puedo dejar de mencionar uno de los casos más aberrantes decididos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de Venezuela. Me refiero a la Sentencia 1013, del 12 junio de 2001, de la Sala Constitucional, recaída en un recurso de amparo solicitado para garantizar el derecho a réplica a los planteamientos hechos por el conductor del programa radial (en ese momento) 'Aló, Presidente', en sus emisiones del domingo 27 de agosto y del domingo 3 de septiembre de 2000. La Sala utilizó en su argumentación citas como estas: “El Tribunal Constitucional Federal Alemán, al respecto ha señalado: “una información inexacta no constituye un objeto digno de protección, porque no puede servir a la correcta formación de la opinión postulada por el Derecho Constitucional” (Tomado de la obra “Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.” Centro Estudios Constitucionales. Madrid. 1984).

O esta otra en que se afirma: “En este plano como lo señalara el Tribunal Constitucional Español en fallo del 19 de abril de 1993, “el requisito de la veracidad condiciona el ejercicio de la libertad de información, imponiendo al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales, que no se cumple con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes anónimas o genéricas, como las policiales, y sin que ello suponga que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información, dejándola reducida a un conjunto de rumores deshonorosos e insinuaciones vejatorias o meras opiniones gratuitas que no merecen protección constitucional”. La doctrina transcrita, que hace suya esta Sala, ha sido tomada de la obra *Jurisprudencia Constitucional 1981-1995*, de Tomás Gui Mori (Edit. Civitas S.A Madrid 1957 p. 1976), es clave para el manejo del alcance de la libertad de información y las responsabilidades que el abuso de la misma puede generar, así como para delinear los derechos y acciones que tienen las

personas.

En ambas citas, la Sala Constitucional ignora el diseño constitucional de los países de los que pretende asumir su doctrina. Sin tener a la vista y sin conocer las sentencias sobre las cuales basa su argumentación, sin analizarlas ni considerar los textos constitucionales, sin hacer un estudio comparado de ellos, desconociendo los hechos y precedentes de las argumentaciones del sentenciador extranjero, asume algunos párrafos de las decisiones citadas y tiene la osadía de afirmar como suya la doctrina transcrita. En esta sentencia, como en muchas otras, es frecuente asistir a un “corta y pega” de citas de libros y decisiones, que es lo más alejado de la idea de un préstamo constitucional, ni siquiera una importación o trasplante legal o interpretativo. Con este tipo de sentencias, el TSJ muestra su carencia de conocimiento de una teoría acorde con el comparativismo constitucional²⁶.

Retomando el caso de Sudáfrica, vemos su evolución hacia el préstamo constitucional en forma clara y transparente, asumiendo la institucionalidad en toda su extensión, en particular cuando leemos la opinión del magistrado Kriegler en el caso S v. Mamabolo, quien al manejar la evidente tensión entre la libertad de expresión y la protección y reputación del proceso en general, señaló en su argumentación que debía ser extremadamente prudente antes de adoptar los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, respecto a la libertad de expresión.

Afirmó, que ambos sistemas eran inherentemente incompatibles ya que derivaban en su origen de dos sistemas del “common law” y estaban ubicados materialmente en dos regímenes constitucionales diferentes. Para agregar: “La

²⁶ Un buen estudio sobre el tema lo encontramos en Alford, Roger P. “In Search of a Theory for Constitutional Comparativism”. En 52 UCLA Law Review 639. 2005. Sartory Giovanni, Sartory. “*Ingeniería Constitucional comparada*”. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. Bidart Campos, Germán J & Carnota, Walter F. “*Derecho Constitucional Comparado*”. EDIAR, Buenos Aires, 1998. Tushnet, Mark. “*The New Constitutional Order*”. Princeton University Press and Oxford, 2003. McHgh. James T. “*Comparative Constitutional Traditions*”. Peter lang Publishing. Inc. New York 2002. Jackson, Vicki G. and Tushnet, Mark Editors. “*Defining the Field of Comparative Constitutional Law*”. Praeger, Wesport, Connecticut, London, 2002.

Constitución de los Estados Unidos se yergue como un monumento a la visión y aspiraciones de los “Padres Fundadores”; y a la Primera enmienda en particular a los valores refrendados por todos los que valoran la libertad. Pero ellos expresan el interior de la revolución del siglo XVII con pinceladas amplias y atrevidas. El lenguaje es sencillo, terso y directo, las ordenes sin calificación y el estilo perentorio. Nuestra Constitución es un instrumento totalmente diferente. Para los actuales propósitos es suficiente notar que infinitamente más explícita, más detallada, más equilibrada, más cuidadosamente parafraseada y contrapesos, representa un esfuerzo multidisciplinario de parte de cientos de asesores expertos y negociadores políticos para producir un proyecto para la gobernabilidad futura del país.”²⁷

He dicho que la Constitución de Sudáfrica está impregnada del texto Canadian Charter of Rights and Freedom, con un claro préstamo constitucional de Alemania y Estados Unidos, de manera que no es de extrañar que sus primeras decisiones estuvieran influidas por el case law de estos países, particularmente en materia de interpretación y alcance de derechos fundamentales, que era una materia mucho más fundamental que, por ejemplo, la adjudicación de competencias. De la propia historia de Sudáfrica deriva la evolución de su jurisprudencia, de allí que el tema de los derechos fuera un tópico fundamental.

En el caso citado, *President of the Republic of South Africa v. Hugo*, queda de manifiesto esta evolución al tratar sobre la prohibición de una injusta discriminación, al señalar que el propósito de la nueva Constitución y orden democrático es establecer una sociedad en la cual a todos los seres humanos les será acordada igual dignidad y respeto, más allá de su pertenencia a grupos en particular. La sentencia reconoce que esto no será fácil, habida consideración de su profundo pasado desigualitario, pero que esa es la meta de la Constitución y no debe ser olvidado o perdido de vista.

En términos similares se pronuncia la Corte Constitucional en el caso *Prinsloo v.*

²⁷ La traducción de la cita es de la exclusiva responsabilidad del autor.

Van der Linde, en que sin olvidar su pasado, los magistrados echan mano del préstamo constitucional para señalar que, “Dada la historia de este país tenemos la visión que la “discriminación” ha adquirido un sentido peyorativo particular, relacionado al tratamiento desigual de las personas basado en atributos y características atadas a ellas. Estamos emergiendo de un período de nuestra historia durante la cual a la mayoría de los habitantes de este país su humanidad les fue negada. Fueron tratados como si no tuvieran valores propios: como objetos cuya identidad les sería arbitrariamente definida por quienes detentaban el poder, en vez de ser considerados seres humanos de infinito valor... Aunque uno piensa en un primer momento que, la discriminación esta basada en la raza y en los orígenes étnicos, uno no debe perder de vista, en cualquiera evaluación histórica de otras formas de discriminación como la que tiene lugar sobre la base de sexo y género²⁸.”

Estas sentencias nos muestran claramente como la interpretación constitucional, en un caso determinado, sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional toma en consideración dos elementos fundamentales, por una parte, referencias judiciales a la historia del país en el cual la interpretación tiene lugar, y por la otra, indica la determinación del uso del derecho comparado y del préstamo constitucional, tanto de otros tribunales constitucionales como de la Corte Europea de Derechos Humanos, mediatizados por la historia autóctona. La consecuencia de ello es que la Corte Constitucional ha empezado a desarrollar su propia jurisprudencia, busca cada vez más descansar en su propia jurisprudencia y menos en el uso del derecho comparado para determinar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales.

Este uso del préstamo constitucional, desde mi punto de vista, tiene una relevancia significativa; si bien es cierto que muchas decisiones están influidas por el derecho y la jurisprudencia de otras cortes, la interpretación constitucional asume cada vez más un sesgo autóctono, sin abandonar los principios humanos

²⁸ La traducción es responsabilidad exclusiva del autor.

y jurídicos que subyacen en ella. Si bien, el parafraseo de las sentencias está influido por la terminología jurídica de las constituciones de donde las normas constitucionales fueron tomadas, cada vez es más frecuente asistir a los esfuerzos de la Corte para definir un set de criterios que de un sentido fijo a las provisiones constitucionales de abierta textura gramatical. Al desarrollar esta metodología, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha reconocido la contestataria historia en el contexto de la sociedad sudafricana. Es así como pudo decidir el caso “National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice”. La Corte examinó la historia de los hombres homosexuales, lesbianas, y bisexuales, a los efectos de incluir estos grupos entre aquellos que habían sido marginalizados durante el apartheid. Enfatizar en la historia de exclusión fue importante para justificar la decisión de la Corte de dejar sin efecto la tipificación del delito de sodomía, como una limitación excluyente injustificada al derecho a la igualdad, más allá de las consideraciones valorativas del derecho en sí mismo que encontramos en sentencias de otros tribunales constitucionales y en las decisiones del Tribunal Europeo de derechos Humanos, que indudablemente influyeron en la decisión del Tribunal Constitucional de Sudáfrica²⁹.

Las limitaciones de las cuartillas me impiden analizar otros casos donde se da el préstamo constitucional y otros donde es resistido, pero no puedo dejar de mencionar el caso de Egipto y el impacto que produce en el mundo árabe. En los últimos años hemos asistido a varias enmiendas constitucionales en especial en Egipto, donde se incorporó el recurso de revisión, el que ha jugado un rol fundamental al restringir los poderes del gobierno, otorgando una gran protección a los derechos humanos mediante la implementación de los derechos establecidos en la constitución. Después de una prolongada lucha entre el poder ejecutivo y la supresión violenta de la voluntad popular para que se protegieran los derechos individuales y las exigencias de mayor libertad, la revisión constitucional emergió en Egipto para servir de equilibrio entre los intereses del gobierno y los derechos de los ciudadanos. El préstamo constitucional, en este

²⁹ 1999 (1) SA 6 (CC) Criminalization of sodomy constituted discrimination in violation of Constitution.

caso, ha servido para desarrollar gradualmente un movimiento permanente hacia una política de liberalización paulatina. La adopción de nuevos códigos para extranjeros y egipcios seguidos de una interpretación legal esencialmente basada en el derecho civil, abrió las puertas a nuevas interpretaciones constitucionales tomadas desde un comienzo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Los estándares de interpretación, basados en valores y principios universales y el uso de la jurisprudencia Estadounidense, ha dado origen a una fuerte cultura jurídica fundada en tradiciones legales que vienen de una trilogía civil-Anglo-Americana e Islámica, que constituye un sistema único en Egipto.

III.- Conclusiones

El préstamo constitucional, a pesar de sus detractores sigue evolucionando e influyendo en la conformación de instituciones cada vez más fuertes y universales. En efecto, en primer lugar, tanto los casos de Sudáfrica y Egipto (lo mismo sucede con Venezuela, en que la redacción de los derechos fundamentales en la Constitución de 1999 es muy similar a la de la Constitución española y por ende al de la alemana) muestran que entre más cercano es la estructura de un texto nacional a uno extranjero, mayor es la tendencia –correcta o incorrecta- de usar la jurisprudencia de ese país como una guía.

Una segunda conclusión, íntimamente relacionada a la primera, deriva de la compatibilidad de los valores fundacionales. Mientras más identificables son las similitudes en un texto constitucional, es más segura la recurrencia al uso del préstamo constitucional. Por ejemplo, la preeminencia que tiene la dignidad humana en las previsiones fundacionales de las constituciones de Alemania y Sudáfrica es indicativo del alto nivel de compatibilidad, como lo tiene el Estado democrático social de derecho y justicia en las constituciones de España y Venezuela. Pero estas similitudes se traducen en estructuras similares. Sin embargo, cuando alguna de las constituciones no contiene una cláusula limitativa detallada, como en el caso de la Constitución Estadounidense, la

interpretación de un derecho constitucional es bastante diferente al compararse con un texto que separa por mandato expreso la interpretación de un derecho constitucional y sus posibles limitaciones, como en el caso de las constituciones de España, Alemania y Venezuela. Indudablemente que la interpretación que debe hacerse en el primer caso es mucho más trabajosa y difícil, en especial al tratar las limitaciones del derecho, de allí la aclaratoria del Juez Kriegler en el caso S v. Mamabolo, al advertir la inaplicabilidad de la interpretación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica por considerar que no contenía una cláusula similar a la de su país.

Finalmente, debemos entender que el préstamo constitucional y la utilización del derecho constitucional comparado, juegan un rol único en el aseguramiento de que su sistema legal es congruente con el derecho internacional de los derechos humanos y con los estándares democráticos de su estructura e institucionalidad.