

CAPÍTULO 10

El juez constitucional como comparatista

Haideer Miranda Bonilla⁶⁶¹

Enrique Ulate Chacón⁶⁶²

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El uso de derecho comparado por las Cortes o Tribunales Constitucionales. - 3. La comparación como método de la interpretación constitucional. - 4. La utilización del juez constitucional de sentencias extranjeras: la experiencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. - 5. El diálogo judicial entre jueces constitucionales. - 6.- Razonamiento analógico, mediante el método comparado: un caso de independencia judicial. 6. Conclusiones. - 7. Bibliografía.

1. Introducción

La función del Tribunal constitucional y, en particular, del juez constitucional⁶⁶³ resulta esencial para la consagración del Estado social y democrático de derecho. A las jurisdicciones constitucionales se les acusa de un déficit de legitimación democrática. Ese déficit, para un sector de la doctrina, debe ser colmado mediante la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisional⁶⁶⁴.

En ese sentido, el método comparado⁶⁶⁵ adquiere una importancia cada vez mayor en el derecho constitucional, en donde es considerado el quinto método de interpretación constitucional⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ *Doctor en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos, por la Universidad de Pisa, Italia. Master en Derecho Europeo por la Universidad de Trento. Letrado de la Sala Constitucional. Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica y Profesor del Doctorado en Derecho.

⁶⁶² *Doctor en Política y Derecho Agrario de la Scuola Sant'Anna di Studi Universitari e Perfezionamento di Pisa, Italia. Juez del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José. Coordinador del Doctorado Académico en Derecho, docente y catedrático de la Universidad de Costa Rica

⁶⁶³ BARDELLI, Juan Bautista. El Juez constitucional. En: anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 2008. Este autor señala, atinadamente, lo siguiente: “El juez constitucional protagoniza la función de llevar adelante la óptima y eficaz realización de los procesos constitucionales en defensa de la Constitución y los valores superiores, en procura de hacer más efectivo el derecho y alcanzar la tan ansiada paz social en justicia”, p.15.

⁶⁶⁴ Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005, p. 11

⁶⁶⁵ SUGIYAMA, Naojiro, H.C. GUTTERIDGE, FRANTISEK WEYR y GEORGES CORNIL. *Concepto y métodos del Derecho comparado*. Estudio preliminar y versión española por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Compañía General Editora, México, 1941. Respecto a dicho método, tales autores clásicos afirmaban: “Valor especial tiene igualmente el método comparado. Este ha adquirido en nuestros días una consideración extraordinaria y casi puede afirmarse que ha sido muy recientemente cuanto ha llegado a tener categoría de método tipo, realzado a la categoría de ciencia”.

⁶⁶⁶ HÄBERLE Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 13, enero – junio 2013. El texto integral del artículo puede ser consultado en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haerberle.htm#II2>

Se acude al método comparado como instrumento que permite conocer mejor el derecho interno, la regulación normativa de una institución jurídica en otros ordenamientos y las soluciones que otras jurisdicciones brindaron a un mismo problema jurídico a fin de establecer si estas se toman o no en cuenta en la solución del caso en concreto.

El presente estudio pretende poner en evidencia cómo el uso de la comparación, por parte los jueces constitucionales, es uno de los temas de mayor actualidad en la solución adecuada de los casos, sobre todo, como se verá, de mayor complejidad que se presentan como retos de una sana administración de la justicia constitucional.

2. El uso del derecho comparado por las Cortes o Tribunales Constitucionales

El uso de la comparación por parte los jueces constitucionales es uno de los temas de mayor actualidad en el debate comparatista⁶⁶⁷ por su incidencia en los criterios de interpretación constitucional⁶⁶⁸. Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de sentencias de otras Cortes Constitucionales⁶⁶⁹.

El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino convencional y supranacional, pone en evidencia cómo la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho. En

⁶⁶⁷ En la doctrina italiana se deben destacar los estudios pioneros sobre el tema por parte de Lucio Pegoraro: *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*. En Revista Quaderni costituzionali, 1987, 601 ss. *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*. En Revista Diritto pubblico comparato ed europeo, 1999, 411 ss. *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, p. 477 ss. En G.F. FERRARI – A. GAMBARO (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Ed. Esi, Nápoles, 2006. *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*. Ed. Clueb, Bologna, 2006. Además, se pueden citar los estudios realizados por ALPA Guido (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Ed. Giuffrè, Milán 2006. BALDASSARRE. Antonio. *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*. 2006, 983 ss. PASSAGLIA Paolo. *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*. En Revista Telematica Giurcost, número 2, 2015. En <http://www.giurcost.org/studi/index.html> SPERTI Angioletta. *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*. En Rivista di diritto costituzionale, 2006, p. 125 ss.

⁶⁶⁸ GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. *La interpretación de la constitución por el Tribunal Constitucional comentario Sistemático de la Constitución*, Pamplona, Editorial Aranzadi, Civitas, 2011, 690 p. ; además, *La Justicia Constitucional: Derecho comparado y Español*, Editorial Edersa, Madrid, 1985, 412 p.

⁶⁶⁹ Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época se pueden mencionar: L'HEUREUUX –DUBE C. *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En Harvard Law Revist, 2001, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. *Global Community of Courts*. En Harvard International Law Journal, 2003, p. 191 ss.

particular modo, en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un «diálogo entre jurisdicciones o judicial dialogue».

La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo⁶⁷⁰. Hacer derecho comparado es (también y no solo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes⁶⁷¹.

El derecho comparado se diferencia en su lugar, de cualquier otra disciplina por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos actualmente en vigor - o, eventualmente, también todos los ordenamientos vigentes, o todos aquellos que presentan determinadas características- y de asumir como propio objetivo final, no tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos tomados en examen en cada detalle, como la confrontación entre estos y las consecuencias del análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas reconocibles⁶⁷². El fin primordial de la comparación es conocer las diferencias existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación⁶⁷³.

En este sentido, la doctrina distingue la «macro-comparación», entre sistemas jurídicos distintos, y la «micro-comparación» entre sistemas jurídicos de la misma familia⁶⁷⁴. Al respecto, “la «macro-comparazione», tende ad identificare la linee di tendenza che roccorrono nelle diverse esperienze

⁶⁷⁰ DE VERGOTTINI Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013, p. 52.

⁶⁷¹ PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Ed. Giappichelli, Torino, 2015. ID. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Ed. CEDAM, 2013. ID. *Giustizia costituzionale comparata*. Ed. Giappichelli, 2007. ID. *La justicia constitucional comparada, una perspectiva comparada*. Ed. Dylinson, 2004.

⁶⁷² PIZZORUSSO Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Ed. Giuffrè, Milán, 1998, p. 148.

⁶⁷³ “La comparazione segue la conoscenza dei modelli. Non si possono comparare se non quei modelli che si conoscono. Ma le scienze (sociali o naturali) comparative sanno –e insegnano alla scienza giuridica che è la loro sorella- che la conoscenza dei modelli progredisce per effetto della comparazione. Solo la comparazione ci svela certi dettagli dei differenti modelli considerati. E ciò che ogni comparatista sa per esperienza, poiché egli, proprio quando parla del diritto del proprio paese, trova talora qualche difficoltà a farsi comprendere dai suoi connazionali, i cui interessi sono limitati al sistema di origine, e che perciò non sono passati attraverso le sue più complicate esperienze. In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli debe essere considerada como lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa como ciencia.” En SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, UTET, 5ª. Ed., 1994, p. 13.

⁶⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Ed. Il Mulino, 1998, p. 14; SACCO Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pág. 23; consideran que la microcomparación se produce cuando el objeto recae sobre los métodos en los cuales recae la formación de la materia jurídica, a saber, los procedimientos, las técnicas legislativas, la codificación, las sentencias, la forma de solución de conflictos, los sujetos, etc; mientras la macrocomparación la hacen recaer en institutos jurídicos concretos.

praticamente realizzate nei diversi paesi onde individuare talune modelli cui gruppi di ordinamenti sembrano ispirarsi, anche se differenziandosi più meno accentuatamente tra loro. Un secondo tipo di comparazione detta la «micro-comparazione» tende invece a porre a confronto singoli istituti giuridici, comuni ad ordinamenti diversi o almeno raffrontabili tra loro, onde mettere in evidenza le somiglianze o le differenze che la disciplina ad essi applicata nei vari paesi presenta»⁶⁷⁵.

Al respecto, es muy útil la construcción del constitucionalista italiano *MAURO CAPPELLETTI* quien plantea seis etapas de la comparación: a) El *tertium comparationis*: Es fundamental, desde un punto de vista prejurídico, la existencia de un problema o necesidad social compartido por dos o más países o regiones, a los cuales debe extenderse el análisis comparativo (por ejemplo, buscar un modelo institucional de integración regional, o buscar una nueva solución a la política agraria o ambiental); b) La solución jurídica del problema: se trata de establecer con cuáles normas, instituciones y procesos jurídicos, los países han tratado de resolver el problema o necesidad común; c) Las razones de ser de las analogías y diferencias: las razones históricas, sociológicas, éticas, etc. pueden explicar la diferencia de las soluciones adoptadas como respuesta al mismo problema; d) Búsqueda de las grandes tendencias evolutivas: estas pueden ser similares o divergentes; e) La valoración de las soluciones adoptadas, o modelos de solución, considerando su eficacia o ineficacia en resolver el problema o necesidad planteada en la investigación. Esta valoración debe basarse en datos concretos empíricamente verificables, en relación con la necesidad social planteada; f) Predicción del desarrollo futuro: el comparatista, finalmente puede poner en evidencia las tendencias evolutivas, destinadas a continuar o extenderse, estando basadas en problemas y necesidades reales de la sociedad⁶⁷⁶.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de la Cortes o Tribunales Constitucionales de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone «Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras». Con base en ello, el Tribunal Constitucional Sudafricano ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Constitucional Federal

⁶⁷⁵ PIZZORUSSO Alessandro. *Sistemi giuridici comparati.*, op. cit. p. 158.

⁶⁷⁶ CAPELLETTI Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea* op. cit., p. 16-21.

Alemania, en donde ha desarrollado la temática de la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia⁶⁷⁷.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero⁶⁷⁸.

Lo anterior evidencia cómo ciertas Cortes o Tribunales Constitucionales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, el profesor *DE VERGOTTINI* diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente a la argumentación, y por último, los que utilizan esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos⁶⁷⁹.

En el ámbito del derecho constitucional, la utilización del método comparado es útil para identificar si existe el «diálogo en judicial»⁶⁸⁰ en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos⁶⁸¹.

⁶⁷⁷ LOLLINI Andrea. *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

⁶⁷⁸ GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

⁶⁷⁹ DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti* op. cit. p. 128 ss.

⁶⁸⁰ En el presente estudio se utilizarán los términos diálogo entre cortes o tribunales, jurisprudencial, jurisdiccional o *judicial dialogue* como sinónimos.

⁶⁸¹ El Derecho Constitucional Comparado resulta una especialización del Derecho Público Comparado. Su presupuesto se sitúa y se amplía desde un concepto de «constitución» *latu sensu*, preñado de rasgos comúnmente aceptados. En PEGORARO Lucio. *El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado*. *Revista de Estudios Políticos*, número 11, p. 16.

El término *judicial dialogue* en estricto *sensu* viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia⁶⁸².

Al respecto, se distingue entre «influencia» e «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo⁶⁸³. Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo, puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes estudios⁶⁸⁴, sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará en la circulación del derecho a través del “formante jurisprudencial” por parte de los jueces constitucionales.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o incluso Cortes Supremas quienes llevan a cabo a nivel nacional el control de constitucionalidad⁶⁸⁵ o en el ámbito convencional entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸⁶. En el ámbito horizontal existe una relación de paridad y no de jerarquía entre jurisdicciones, siendo discrecional o facultativa la utilización del derecho comparado⁶⁸⁷. Por su parte, el diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes

⁶⁸² DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, 2010, p. 10.

⁶⁸³ Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario “*Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica*” organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

⁶⁸⁴ PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁶⁸⁵ Sobre el diálogo entre Corte o Tribunales Constitucionales se puede consultar. BRITTO MELGAREJO Rodrigo. *El diálogo entre Tribunales Constitucionales*. Ed. Porrúa, México, 2012. GROOPI Tania, PONTTHOREAU M. CL. (Coords.) *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, 2013.

⁶⁸⁶ Cfr. GROOPI Tania. *La citación recíproca entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de derechos del hombre: de la influencia al diálogo?*. En *Revista de Derecho Público Europeo*, número 91, 2014, Facultad de Derecho UNED, Madrid. El texto de la investigación puede ser consultado en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/841>

⁶⁸⁷ MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.

nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Tribunales Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

3. La comparación como quinto método de la interpretación constitucional

La interpretación jurídica es el proceso intelectual a través del cual partiendo a las fórmulas lingüísticas que forman un enunciado, se llega a un contenido, es decir, se pasa de los significantes a los significados⁶⁸⁸. La interpretación constitucional presenta una especificidad particular respecto a la interpretación de otro documento jurídico como una ley ordinaria o un reglamento⁶⁸⁹, pues la Constitución posee una estructura diferente a la ley, un catálogo de derechos fundamentales, el carácter abierto o ambiguo de sus preceptos.

En este sentido, a los cuatro métodos clásicos de interpretación jurídica: gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático el constitucionalista alemán *HÄBERLE* reconoce la comparación constitucional como un quinto método de interpretación. Al respecto, afirma “si hablamos del Derecho comparado como “quinto” método de interpretación jurídica es sólo con motivo de la posible referencia a los cuatro métodos clásicos. Con ello no se está sugiriendo una ordenación jerárquica. Ese tipo de ordenación no existe entre los métodos clásicos. En casos concretos puede ser que el Derecho comparado pase a primer plano, por ejemplo, en conexión con la interpretación teleológica. También es concebible que el Derecho comparado funcione como una faceta de los otros métodos de interpretación: por ejemplo, podría ser un criterio aceptable respecto de la génesis de una institución jurídica en un país vecino (ante todo, en Europa o en el círculo jurídico de Latinoamérica).

En otras palabras: el trabajo con el Derecho comparado puede y tiene que resultar útil en el plano de la literalidad, de la historia, de la sistemática o de la finalidad de los textos. De manera que la dimensión de la comparación jurídica puede tener también un carácter complementario. Desde el punto de vista de su fuerza persuasiva (también pedagógica) se mantiene, en todo caso, su numeración como “quinto” método de interpretación”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ MARCENÒ Valeria, PALLANTE Francesco, ZAGREBELSKY Gustavo. *Lineamenti di diritto costituzionale*. Ed. Le Monnier Università, Firenze, 2014, p. 35.

⁶⁸⁹ GUASTINI Ricardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1994, p. 270. El autor considera que la interpretación constitucional no presenta ninguna especificidad respecto de la interpretación de cualquier otro documento jurídico. En sentido contrario a esa tesis se puede citar en la doctrina italiana a AZZARITTI Gaetano (coord.) *Interpretazione Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007, p. 17 ss.

⁶⁹⁰ HÄBERLE Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 13, enero – junio 2013.

4. La utilización del juez constitucional de sentencias extranjeras: la experiencia de la Sala Constitucional de Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el ejercicio de sus funciones muestra una apertura en la utilización del derecho comparado a pesar de su discrecionalidad, en particular al formante jurisprudencial de otros órganos de justicia constitucional⁶⁹¹. En relación con la utilización del derecho comparado por el Tribunal Constitucional no encontramos en la Constitución Política, ni en la Ley de la Jurisdicción Constitucional norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias el método comparado, lo cual evidencia que su utilización tiene un carácter meramente discrecional.

En este sentido, el derecho comparado puede ser citado por algunas de las partes del proceso constitucional y ser resumido en los resultados o utilizado por la Sala Constitucional en la parte considerativa, es decir, en la motivación de la sentencia. Es este último aspecto el que no interesa desarrollar. Al respecto, es muy útil la clasificación desarrollada por el constitucionalista *PASSAGLIA* en un estudio realizado en referencia a la utilización del argumento comparativo por parte de la Corte Constitucional Italiana que indicó: “a) Il diritto comparato come elemento a sostegno della normativa oggetto del giudizio. L’argomento comparatistico è stato utilizzato, in non pochi casi, per rafforzare la base su cui poggiava la normativa oggetto della questione di legittimità costituzionale. b) La comparazione e l’enucleazione dell’inadeguatezza della normativa oggetto del giudizio passando ad un altro tipo di impiego del diritto comparato, vengono in rilievo le invocazioni del diritto straniero che hanno avuto l’obiettivo di mettere in luce (rete, che hanno contribuito a mettere in luce) le inadeguatezze del diritto italiano. c) Il diritto comparato invocato a suffragio della soluzione adottata dalla Corte. Si tratta, in special modo, di quelle sentenze in cui il riferimento al diritto straniero è andato a suffragare direttamente la scelta operata dalla Corte. Ciò è avvenuto secondo diverse modalità. d) L’utilizzo della giurisprudenza costituzionale straniera come precedente. Un utilizzo ancora diverso, ma non meno significativo, del diritto comparato si è affacciato in tempi recenti, quando la Corte costituzionale, in due occasioni, ha operato richiami circostanziati a pronunce di altre corti, quasi ad

⁶⁹¹ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, pp. 257 – 284. En Revista Judicial número 120, enero del 2017, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica. El texto integral puede ser consultado en: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/015lautilización.pdf

evocarle in guisa di precedenti (scil., dal valore puramente persuasivo). e) L'argomento comparatistico come componente essenziale di una (futura) decisione⁶⁹².

La utilización del derecho comparado por los jueces constitucionales se constituye en un útil recurso que ha sido utilizado de forma excepcional para resolver casos relacionados con temas complejos. En un reciente estudio se analizaron 16 sentencias en las que la Sala Constitucional citó jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales, sin que esas sean las únicas resoluciones en donde se utilizó el derecho constitucional comparado. Además, se dejó de lado la utilización de este recurso en los votos particulares o notas separadas⁶⁹³. Así, **en los primeros años de funciones de la Sala Constitucional en el período comprendido entre 1989 a 1992 encontramos una serie de votos en donde se hace referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema Americana de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. Posteriormente, ese espectro se amplía a otras jurisdicciones constitucionales de gran prestigio como la Corte Constitucional Italiana, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana**⁶⁹⁴.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue fundamental en la histórica sentencia número **1992-1739** que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso que en nuestro ordenamiento se derivan de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Por otra parte, en la construcción y reconocimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y de la dignidad humana se hizo referencia a jurisprudencia de la Suprema Corte Americana, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana. En el ámbito del derecho procesal constitucional la amplia tipología de técnicas decisorias desarrolladas jurisprudencialmente por la Corte Constitucional Italiana y en particular la temática referida a las “sentencias exhortativas” fue utilizada en la sentencia número **2010-11352** en donde se le otorgó un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realice la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones, lo cual a pesar de que han transcurrido más de 5 años no ha sido cumplido.

⁶⁹² PASSAGLIA Paolo. *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*. En Revista Telematica Giurcost, número 2, 2015. En <http://www.giurcost.org/studi/index.html>

⁶⁹³ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, op. cit. p. 257 – 284.

⁶⁹⁴ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, op. cit. p. p. 264.

Además, resulta de particular interés la sentencia número **2010-12790** en la que los jueces constitucionales reconocieron el derecho de acceso a internet como un derecho fundamental utilizando como fundamento la sentencia No. 2009-580 DC de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional Francés y una serie de principios que se derivan de nuestro texto constitucional⁶⁹⁵. Ello es de trascendental importancia pues es la primera sentencia que reconoce un nuevo derecho fundamental utilizando el método comparado, en particular una sentencia de otro órgano de justicia constitucional. Nótese que posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas en la sesión del 16 de mayo del 2011 declaró el derecho a internet como un derecho humano. Lo anterior con base en el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el que se indicó que internet no solo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el acceso de la sociedad en su conjunto, acceso que debe mantenerse especialmente en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos.

Por otra parte, los jueces constitucionales se han nutrido de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna de los adultos mayores, en relación con la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, una definición de acto discriminatorio y del principio de democracia participativa, los cuales en la mayoría de los casos tuvieron incidencia en el proceso decisonal al que se llegó⁶⁹⁶.

5. El diálogo judicial entre jueces constitucionales

El diálogo encuentra sus raíces en la palabra latina *dialogus*. Es, ante todo, una “conversación entre dos o varias personas”. De esto, se deduce de manera bastante evidente – aunque es importante recordarlo con vehemencia – que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como al acuerdo. Sobre todo, el diálogo puede ser *tri* o *multidimensional*:

⁶⁹⁵ MIRANDA BONILLA Haideer. *El acceso a internet como derecho fundamental*. En Revista IUS Doctrina, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, número 15, diciembre del 2016.

⁶⁹⁶ MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, op. cit. 282.

el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tandem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales.

La utilización del derecho comparado como criterio de interpretación en el ámbito de la protección multinivel de los derechos humanos es uno de los instrumentos más valiosos, y científicamente demostrados, para acrecentar ese diálogo jurisprudencial, el cual se verifica con el recurso que las Cortes hacen del derecho extranjero y la comparación. El diálogo entre cortes viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias -explícitas o implícitas- a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo vertical» y el «diálogo horizontal». El primero de ellos es el que se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular, entre Cortes o Tribunales Constitucionales o incluso Cortes Supremas, es decir, entre jueces constitucionales y a pesar de que es discrecional cada vez más se acrecienta esa «cross fertilization». Por su parte, el diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Tribunales Regionales de Protección de los Derechos Humanos.

La cooperación vertical se encuentra presente en el ámbito supranacional. Por ejemplo, en la relación entre **el Tribunal** de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales en donde existe el instrumento de la cuestión o reenvío prejudicial procedimiento previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (ex artículo 234 del Tratado C.E.E.) que permite a un órgano jurisdiccional nacional, incluidos los órganos de justicia constitucional, consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea –en adelante Corte de Justicia U.E.- sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto. Ese instrumento se constituye en un canal privilegiado de comunicación pues facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y **el Tribunal de Justicia de la U.E.**, así como la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ Entre los tantos estudios que así lo reconocen: MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009. GIOVANNETTI Tommaso. *L'Europa dei Giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*. Ed. Giappichelli, Torino, 2009. MIRANDA BONILLA Haideer. *El diálogo entre cortes en el espacio convencional en Europa: algunas*

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia extranjera⁶⁹⁸

Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel⁶⁹⁹.

El éxito del diálogo entre las cortes se debe a varios factores: 1) la globalización de las fuentes; 2) la internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados; 3) la existencia de problemáticas comunes⁷⁰⁰. En relación con el último de los elementos se puede mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuales las jurisdicciones constitucionales, convencionales y supranacionales, han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes. En este sentido, la jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional, convencional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos, que pueden dar una solución similar o diferente a un problema similar, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el derecho comparado.

cuestiones actuales. En libro E. Velandia. En Velandía Canosa Eduardo Andrés (Coord). Derecho Procesal Constitucional. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015. ROMBOLI Roberto. *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, p. 431 pp. En CIANCIO Adriana (coord). *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*. Ed. Aracne, 2014.

⁶⁹⁸ En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

⁶⁹⁹ BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

⁷⁰⁰ Esa temática fue ampliamente tratado por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la *praxis* jurisprudencial. A los jueces constitucionales les corresponde interpretar la Constitución cuyo texto se encuentra conformado por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos⁷⁰¹.

En el ámbito de la justicia constitucional la comparación a pesar de que tiene un carácter discrecional es sumamente valiosa en la medida en que facilita la comprensión de principios, derechos y valores comunes presentes en la mayoría de textos constitucionales donde existen auténticos catálogos de derechos fundamentales –bill of rights– que deben ser interpretados, máxime si estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. En América Latina se constata la apertura de Cortes o Tribunales Constitucionales como la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y la Suprema Corte de la Nación en México en la utilización del derecho comparado⁷⁰², en particular a través de la referencia expresa en sus sentencias a jurisprudencia de otros órganos de justicia constitucional. Ese fenómeno se enriquece cuando esa interacción adquiere un carácter bilateral o multilateral entre jurisdicciones constitucionales pues ello es un requisito indispensable para poder establecer la existencia de un *judicial dialogue* que tiene como finalidad la creación de estándares mínimos de protección en América Latina⁷⁰³.

En la actualidad, existen una serie de factores extrajurídicos que potencian ese «constitucionalismo en red»⁷⁰⁴, en particular los avances tecnológicos permiten el acceso y la circulación de las sentencias. Además, la realización de seminarios, conferencias y encuentros entre Cortes y Tribunales Constitucionales son de gran utilidad para el intercambio de experiencias. Como ejemplo de esta iniciativa, se puede citar, la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, así como la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la cual se instituyó desde el mes de

⁷⁰¹ TORRES Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranational adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95 ss. Para la autora una de las bases de las que arranca la idea de diálogo en sus construcciones anglosajonas es que en el universo de los derechos, no existen verdades absolutas sino un debate abierto conformado por sucesivas aproximaciones relativas sobre casos concretos. Ningún tribunal es plenamente señor de la interpretación de un derecho por su misma naturaleza universales. El trabajo en red resulta en buena lógica necesario aunque no venga normativamente impuesto.

⁷⁰² En ese sentido se pueden consultar las siguientes investigaciones: ÁLVAREZ TOLEDO Daniel. *La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México*. En curso de publicación.

⁷⁰³ MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, op. cit. p. 574.

⁷⁰⁴ BUSTOS GISBERT Rafael. *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Ed, IVAP, España, 2005.

noviembre de 2005 y actualmente está conformada por 22 miembros⁷⁰⁵. En este sentido, es común la firma de acuerdos de colaboración para el intercambio de jurisprudencia, doctrina, acceso a bases de datos y programas de pasantías para los asistentes o letrados entre las diferentes Cortes o Tribunales Constitucionales.

La importancia que ha asumido el método comparado se ve incluso reflejada en cómo algunas jurisdicciones constitucionales tienen un departamento que se encarga de realizar investigaciones de derecho comparado y de supervisar los fallos más relevantes de otras jurisdicciones constitucionales y convencionales.

Por otra parte, se evidencia cómo la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido utilizada por la Corte Constitucional Colombiana, lo que demuestra la existencia de un diálogo judicial en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales que se encuentra en constante perfeccionamiento y que tiene como finalidad la creación de un derecho constitucional latinoamericano conformado por estándares mínimos de protección a favor de la persona.

También se observa, a guisa de ejemplo incidencia de la jurisprudencia constitucional de Colombia y Costa Rica, en la tutela de las personas adultas mayores por parte del Tribunal Constitucional de Perú en el Caso del expediente N ° 02834 2013-(PHC/TC, CUSCO, MARÍA ANTONIETA CALLO TISOC), en el cual se señaló: “29. En relación con los derechos de los adultos mayores, tribunales como la Corte Constitucional de Colombia y de Costa Rica han reconocido los derechos específicos de los ancianos y han protegido a sujetos de derecho a los que aquellos se le recortaban como consecuencia de acciones u omisiones que se constituían en supuestos relativos a la discriminación en razón de la edad. Así, se ha previsto que un adulto mayor que no cuenta con un documento de identidad debe acceder a los servicios de salud. Igualmente, el Tribunal de Costa Rica ha señalado que los seguros de salud no pueden establecer causales de exclusión basados en el riesgo de la edad, ya que ello es discriminatorio.”⁷⁰⁶

6.- Razonamiento analógico, mediante el método comparado: un caso de independencia judicial

Otra forma de utilizar válidamente el método comparado para resolver casos relevantes en la jurisdicción constitucional, es a través de la aplicación analógica de criterios, que hayan sido empleados en casos emblemáticos por un Tribunal constitucional o Corte Suprema, como suele ocurrir muchas veces en la cita de sentencias relevantes de la Corte Suprema de Estados Unidos.

A propósito del famoso fallo *Marbury vs. Madison*, la Sala Constitucional al conocer del polémico caso de la destitución del Magistrado Fernando Cruz Castro, actual Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, siendo magistrado constitucional, utilizó aquél precedente para

⁷⁰⁵ <http://www.cijc.org>

⁷⁰⁶ <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/02834-2013-HC.pdf>

justificar las razones de fondo por las cuales no procedía la destitución. En voto de mayoría de la sentencia No. 6253-2013⁷⁰⁷ destacó lo siguiente:

“...Uno de los precedentes históricos más aleccionadores en cuanto a la viabilidad de la vía del amparo constitucional para tutelar los intereses de la Magistratura es, indudablemente, la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, dictada en el caso *Marbury vs. Madison*, el 24 de febrero de 1803. Sentencia que para algunos constituye la pieza jurídica más famosa e importante. Podría pensarse que, habiendo transcurrido más de dos siglos, la misma ha perdido vigencia. Sin embargo, por el contrario, el caso que nos ocupa nos hace revivir aquél momento histórico. Haciendo un parangón de las interrogantes que se planteó el Tribunal Supremo, respecto a los eventuales derechos del Juez, podríamos sugerir similares cuestiones para este caso:

1. Tiene el demandante derecho a solicitar la tutela del nombramiento del Magistrado Cruz como consecuencia de la reelección automática?
2. Si fuera así, y ese derecho hubiese sido menoscabado, ¿la legislación constitucional del país le reconocen una vía o recurso para obtener satisfacción?
3. Si así fuera ¿esta vía de recurso prevé la posibilidad de que este Tribunal ordene un mandamiento?

Los términos de las respuestas a dichas interrogantes, señaladas por el Tribunal Supremo fueron positivas. Aplicando la misma argumentación jurídica, igualmente las respuestas en el caso del Magistrado Cruz, son positivas (1.) Como se desprende de los resultandos y los hechos probados, el Magistrado Fernando Cruz fue electo el 14 de octubre del 2004 y fue juramentado debidamente, por el período constitucional que vencía el 18 de octubre del 2012. Pese a que la Corte Suprema de Justicia comunicó con un mes de antelación (desde el 19 de setiembre del 2012), la finalización de su mandato, la Asamblea Legislativa se demoró en el proceso decisorio del Expediente legislativo No. 18.583. Estando en trámite, el 19 de octubre del 2012, se produce la reelección automática, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 de la Constitución Política, sin que para esa fecha ningún Diputado se hubiere pronunciado al respecto. Sin embargo, el 15 de noviembre del 2012, la Asamblea Legislativa toma una decisión extemporánea, con mayoría calificada (38 votos), para no reelegirlo, pese a que dentro del expediente y el proceso de Comisión no existía ningún criterio razonado a ese respecto. En consecuencia, resulta evidente el derecho del reclamante, a solicitar la tutela del derecho del Magistrado Cruz, para que se le mantenga en el cargo, que le garantice su estabilidad, permanencia e inamovilidad en el mismo. El nombramiento y el proceso de reelección automática le confiere el derecho a continuar en sus funciones durante un período de ocho años más. Al respecto es interesante citar la sentencia en comentario del Tribunal Supremo de los Estados Unidos:

“Cuando se trata de un funcionario no revocable discrecionalmente, es necesario fijar una fecha a partir de la cual cesan los poderes que sobre él tiene el Gobierno o la autoridad que le nombró. Este momento se produce cuando se ejerce el poder constitucional de nombramiento... Se trata de un procedimiento que no puede alterarse u omitirse, en el caso de que el Gobierno piense que se deba nombrar a otra persona. Es pues un procedimiento totalmente reglado en la ley y debe ser cuidadosamente cumplido...Es un acto administrativo predeterminado por la ley, respecto de una persona concreta y para una finalidad específica....” (ver Sentencia, Caso *Marbury vs. Madison*. En: Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, págs. 104-105).

⁷⁰⁷ Sala Constitucional de Costa Rica, No. 6253-2013, de las del 9 de mayo del 2013.

El recurso adecuado (2.) es, indudablemente, la vía del amparo constitucional, que garantiza el derecho de cada individuo a reclamar la protección de la ley cuando ha sufrido un menoscabo en sus derechos constitucionales. Con mayor razón cuando se trata de la investidura de la Magistratura, pues la constitución garantiza la permanencia en el cargo al ocurrir la reelección automática. La negativa a mantenerlo en el cargo puede considerarse un acto puramente político, que pertenece en exclusiva a la Asamblea Legislativa por remisión expresa de la Constitución? Y de ser así el interesado no tendría ningún recurso posible, al margen de la entidad o gravedad de su perjuicio? Dependerá de la naturaleza del acto la posibilidad de enjuiciarlo? La respuesta que le da la sentencia del Tribunal Supremo a estas interrogantes es la siguiente:

“Pero cuando la Ley impone a dicho funcionario otras obligaciones, cuando debe llevar a cabo ciertos actos, cuando los derechos de los individuos dependen de la ejecución de tales actos, este funcionario no es más que un instrumento del Derecho, es jurídicamente responsable de su conducta y no puede menoscabar o ignorar los derechos adquiridos de terceros.

La conclusión de este razonamiento es, por tanto, que cuando los responsables de los departamentos ministeriales actúan como agentes políticos y los miembros del poder ejecutivo ejecutan la voluntad del Presidente o están llamados a actuar en aquellos casos en los cuales el Gobierno posee un poder discrecional otorgado por la Constitución o las leyes, es evidente que en tales casos sus actos son fiscalizables sólo políticamente. Pero allá donde la Ley asigna una obligación específica, y los derechos individuales dependen de la ejecución de tal obligación, parece igualmente claro que los ciudadanos que se consideren dañados tienen un derecho a recurrir a las leyes del país para obtener una reparación.” (Las sentencias del Tribunal Supremo, op. Cit., pág. 112).

De lo anterior se concluye que el legislador no puede modificar una obligación constitucional, y mucho menos derogar un derecho, como el de la reelección automática, habiendo transcurrido el plazo del mandato de nombramiento del magistrado. De lo contrario se produciría una derogatoria o modificación tácita de la Constitución, tal y como lo señala la referida sentencia, al invocar los límites del legislativo:

“Los poderes del legislativo están definidos y limitados, y para que estos límites no se malinterpreten o se olviden se ha escrito la Constitución ¿Qué sentido tiene que los poderes estén limitados y que los límites estén escritos, si aquellos a los que se pretende limitar pudiesen saltarse tales límites? La distinción entre un Gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados queda anulada si los límites no confinasen o constriñesen a las personas a las que se dirigen, y si no existe diferencia entre los actos prohibidos y los actos permitidos? Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario el legislativo puede modificar la Constitución a través de una Ley cualquiera.

Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un Derecho superior, principal, e inmodificable a través de mecanismos ordinarios, o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda Ley es modificable cuando así lo disponga la voluntad del legislativo...

Esta idea alteraría los fundamentos básicos de todas las Constituciones escritas. Supondría que una Ley por completo nula según los principios y la teoría de nuestro sistema de gobierno sería en realidad del todo obligatoria. Supondría declarar que si el legislativo hace aquello que está expresamente prohibido, dicha ley, a pesar de la prohibición expresa, desplegaría plenamente su eficacia y efectos. Supondría también otorgarle al legislativo una omnipotencia casi absolu-

ta, a pesar de que se dice que sus poderes están limitados. Se estarían estableciendo límites, y al mismo tiempo se estaría declarando que dichos límites pueden ser sobrepasados a voluntad del sujeto limitado” (Op. Cit., pág. 117-118)

Con fundamento a lo anterior, se puede contestar el último cuestionamiento relativo al mandato (3.). Para este caso rige el principio de supremacía constitucional favorable, lógicamente, a la reelección automática de los Magistrados, cuando la Asamblea Legislativa no ha entrado a conocer el tema de la reelección antes del vencimiento del período del mandato constitucional. Por otra parte, la medida cautelar o mandamiento dictado por la Sala Constitucional, de mantener al Magistrado en el ejercicio del cargo, tiene su respaldo en el principio de tutela judicial efectiva, del derecho constitucional cuya vulneración se ha acusado.

Finalmente, es importante resaltar que también la Sentencia *Marbury vs. Madison* termina en uno de sus últimos párrafos formulando un interrogante atinente a la independencia judicial, uno de los valores supremos de la Magistratura:

“¿Para qué serviría que un juez jurara cumplir sus funciones “de conformidad con la Constitución...” si la constitución no fuese una norma que guiase su tarea jurisdiccional, o le estuviese vedada y no pudiese consultarla y servirse de ella?

Si ello fuese realmente así, sería más dramático que una solemne burla. Imponer o prestar este juramento sería igualmente un delito...” (Op.cit., pág. 121).

En los comentarios al contenido del artículo 158 de la Constitución Política, Hernández Valle, citando la sentencia de esta Sala No. 2621-95, afirmó lo siguiente:

“El plazo de elección es razonable, dado que se trata de una función altamente especializada. Con la reforma introducida en el año 2003, todos los Magistrados deben ser elegidos por el voto de al menos dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, lo que evita que un solo partido político puede imponer, como ocurría antes de la citada reforma a un determinado candidato como Magistrado.

En cuanto a la reelección se debe indicar que se produce de pleno derecho, salvo que la Asamblea Legislativa dispusiere lo contrario por el voto de dos tercios del total de sus miembros. Por consiguiente, el acuerdo de no reelección no constituye un acto electivo, sino un juicio del Parlamento sobre la permanencia de los Magistrados en el cargo, que procede, cuando ocurra, el acto, este sí electivo, de su reposición, dentro del término del artículo 163 de la misma Constitución.

Por tanto, si vencido el período la Asamblea no ha resuelto nada, el Magistrado quedará reelecto de pleno derecho, lo mismo que si, al resolver expresamente, la tesis de la “no reelección” no alcanza dicha mayoría.” (HERNÁNDEZ VALLE, R. Constitución Política Comentada y Anotada, Ed. Juricentro, 2008, págs. 431-432).

De manera tal que hizo bien el recurrente al invocar la tutela, por la vía del recurso de amparo, por haberse vulnerado el derecho constitucional a la reelección automática, previsto por nuestro Constituyente, como una garantía de estabilidad y permanencia en la judicatura.

La referida sentencia de al Sala Constitucional, no se limitó al estudio analógico en el caso en estudio, sino también incorpora expresamente el recurso al diálogo jurisprudencial, primero vertical, invocando jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y, luego, en una relación vertical, señalando los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a los límites que tiene el legislador, en garantía de la independencia judicial:

Continuando con este “Diálogo Jurisprudencial”, es importante hacer alusión a otros antecedentes en el Derecho comparado, que puedan servirnos de ilustración, tanto de la viabilidad del amparo, como de la tutela a la independencia judicial de la Magistratura, como reflejo de la independencia entre los poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional Español ha desarrollado en múltiples sentencias criterios relacionados con el control, por la vía de amparo, de actos legislativos, actos y resoluciones internas de las Cámaras (*interna corporis acta*), en la medida en que puedan haber causado una lesión de derechos y libertades fundamentales:

“En cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los interna corporis acta, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades (ATC 12/1986, de 15 de enero)

En el presente recurso los solicitantes de amparo han sostenido que la resolución impugnada ha lesionado derechos fundamentales propios susceptibles de amparo constitucional. Por ello no cabría invocar el carácter interno del acto para impedir su examen en esta vía de amparo, en la medida en que el mismo pueda haber lesionado los derechos fundamentales aquí invocados, para cuya comprobación sería necesario entrar en el análisis de fondo del asunto” (STC 118/1988, de 20 de junio, caso Roca. EN: LÓPEZ GUERRA, Luis. Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3ª edición, pág. 654-655).

LIMITES DEL LEGISLADOR E INDEPENDENCIA JUDICIAL. La Corte Interamericana de Derechos humanos, en la Sentencia del 31 de enero del 2001 (Caso Tribunal Constitucional c. Perú), ha dejado clara la defensa de la independencia judicial que deben gozar los tribunales con relación a otros poderes estatales, ha señalado:

“67. Como ha quedado establecido en el presente caso, la destitución de las tres supuestas víctimas fue producto de la aplicación de una sanción por parte del Poder Legislativo en el marco de un juicio político (supra 56.2)

68. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención...

72. En lo relativo a la independencia de que deben gozar los magistrados constitucionales, baste con resaltar que tanto el artículo 201 de la Constitución Peruana vigente como el artículo 1 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal, establecen que el Tribunal Constitucional, como órgano de control de la Constitución, sea autónomo e independiente.

73. Esta Corte considera que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la Judicatura, establecen que: La independencia de la judicatura será garantizada

por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura...

75. Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas (Cfr. Eur. Court H.R., Langborger case, cesision of 27 January 1989, Series A No. 155, para. 32)”

(CIDH, sentencia del 31 de enero del 2001. Tribunal Constitucional vs. Perú. Párrafo 73 Citado por HERNÁNDEZ VALLE, R. Las sentencias básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pág.36).

De lo anterior se colige que, no solo a nivel de otras Jurisdicciones Constitucionales sino, también, en las Cortes de Derechos Humanos, tanto Europea como Interamericana, se ha dado una tutela adecuada a los magistrados contra los actos ilegítimos de otros poderes estatales, cuando se han excedido en el ejercicio de las competencias atribuidas por la propia Constitución, en aras de mantener la estabilidad en los nombramientos y garantizar su independencia judicial contra presiones externas de otra índole. Todos los órganos del Estado, incluidos el Ejecutivo y el Legislativo, deben ser garantes del control de convencionalidad, a fin de hacer respetar y garantizar una tutela y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales en el ejercicio de una magistratura independiente.”

7. Conclusiones.

La doctrina ha potenciado el estudio y aplicación del método comparado como quinto método de interpretación constitucional, el cual no resuelta ni exclusivo ni excluyente de los métodos conocidos tradicionalmente. Por el contrario, puede convertirse en uno auxiliar o afin al analítico, histórico, gramatical, y sistemático, sobre todo si se busca una mejor comprensión del caso concreto.

El uso del derecho comparado por los jueces constitucionales no es lineal ni continuo, pero cada vez más se nota un uso más recurrente del método comparado, sobre todo a través de las posibilidades existentes de diálogo judicial, sea éste horizontal o vertical. En la aplicación del mismo, se observa la influencia de criterios derivados de las llamadas “sentencias relevantes” y, más recientemente, de “sentencias estructurales”, de países con una larga trayectoria constitucional. Son frecuentes los recursos a los criterios, por ejemplo del Tribunal Constitucional alemán, italiano y español y, para el caso latinoamericano, es evidente la incidencia recíproca de tribunales constitucionales como pueden ser la interacción entre los tribunales constitucionales colombiano, mexicano y costarricense, entre otros.

Pero también debe considerarse la incidencia cada vez más fuerte y protagónica de la doctrina y jurisprudencia derivada de los Tribunales federales o supranacionales, como la Corte Supremas de Justicia de Estados Unidos, México y Argentina, o bien, los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y sus homólogos en los procesos de integración latinoamericana (Tribunal Andino, Corte Centroamericana de Justicia, Tribunal del Caricom), a través del mecanismos de la consulta o reenvío prejudicial, que puede hacer tanto el juez ordinario como el juez constitucional de cada país. Máxime

que se requieren criterios de interpretación y aplicación uniforme del derecho comunitario o de integración en toda la Comunidad de Estados.

Por otra parte, el recurso a jurisprudencia derivada de casos análogos, o precedentes útiles, pueden contribuir a resolver problemas o necesidades comunes, y con ello más allá de las diferencias y semejanzas de los sistemas, lograr alcanzar la mejor solución posible, en casos concretos, que permitan fortalecer los criterios interpretativos y dar mayor legitimidad democrática y consistencia a la misión del juez constitucional.

7. Bibliografia

- ALPA Guido (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Ed. Giuffrè, Milán 2006.
- ÁLVAREZ TOLEDO Daniel. *La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México*. En curso de publicación.
- BALDASSARRE. Antonio. *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*. 2006.
- PASSAGLIA Paolo. *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*. En Revista Telematica Giurcost, número 2, 2015. En <http://www.giurcost.org/studi/index.html>
- BARDELLI, Juan Bautista. El Juez constitucional. En: anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- BRITTO MELGAREJO Rodrigo. *El diálogo entre Tribunales Constitucionales*. Ed. Porrúa, México, 2012. GROOPI Tania, PONTHEOREAU M. CL. (Coords.) *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Ed. Hart Oxford, 2013.
- BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. Derecho Constitucional Europeo. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.
- BUSTOS GISBERT Rafael. *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Ed, IVAP, España, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Ed. Il Mulino, 1998, p. 14;
- DE VERGOTTINI Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013.
- DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, 2010.
- FERRARI – A. GAMBARO (a cura di), Corti nazionali e comparazione giuridica. Ed. Esi, Nápoles, 2006. *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*. Ed. Clueb, Bolonia, 2006
- FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (coords.) *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. *La interpretación de la constitución por el Tribunal Constitucional comentario Sistemático de la Constitución*, Pamplona, Editorial Aranzadi, Civitas, 2011, 690 p. ; además, *La Justicia Constitucional: Derecho comparado y Español*, Editorial Edersa, Madrid, 1985, 412 p.
- GROOPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En Revista Quaderni Costituzionali, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.
- GROOPI Tania. *La citación recíproca entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de derechos del hombre: de la influencia al diálogo?*. En Revista de Derecho Público Europeo, número 91, 2014, Facultad de Derecho UNED, Madrid. El texto de la investigación puede ser consultado en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/issue/view/841>
- GUASTINI Ricardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Ed. Giuffrè, Milano, 1994.
- AZZARITTI Gaetano (coord.) *Interpretazione Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.
- HÄBERLE Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En Revista de Derecho Constitucional Europeo, número 13, enero – junio 2013.
- L'HEUREUUX –DUBE C. *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En Harvard Law Revist, 2001, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. *Global Community of Courts*. En *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191 ss.
- LOLLINI Andrea. *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

- MARCENÒ Valeria, PALLANTE Francesco, ZAGREBELSKY Gustavo. *Lineamenti di diritto costituzionale*. Ed. Le Monnier Università, Firenze, 2014, p. 35.
- MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009. GIOVANNETTI Tommaso. *L'Europa dei Giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*. Ed. Giappichelli, Torino, 2009. MIRANDA BONILLA Haideer. *El diálogo entre cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales*. En libro E. Velandia. En Velandia Canosa Eduardo Andrés (Coord). Derecho Procesal Constitucional. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015. ROMBOLI Roberto. *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, p. 431 pp. En CIANCIO Adriana (coord). *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*. Ed. Aracne, 2014.
- MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.
- MIRANDA BONILLA Haideer. *El acceso a internet como derecho fundamental*. En Revista IUS Doctrina, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, número 15, diciembre del 2016.
- MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En Boris Barrios González y Luris Barrios Chavés (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.
- MIRANDA BONILLA Haideer. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*, pp. 257 – 284. En Revista Judicial número 120, enero del 2017, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica. El texto integral puede ser consultado en: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/015lautilización.pdf
- PASSAGLIA Paolo. *Il diritto comparato nella giurisprudenza della Corte costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005 – giugno 2015*. En Revista Telematica Giurcost, número 2, 2015. En <http://www.giurcost.org/studi/index.html>
- PEGORARO Lucio. *El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado*. Revista de Estudios Políticos, número 11, p. 16.
- PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Ed. Giappichelli, Torino, 2015. ID. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Ed. CEDAM, 2013. ID. *Giustizia costituzionale comparata*. Ed. Giappichelli, 2007. ID. *La justicia constitucional comparada, una perspectiva comparada*. Ed. Dylinson, 2004.
- PIZZORUSSO Alessandro. *Sistemi giuridici comparati*. Ed. Giuffrè, Milán, 1998.
- SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, UTET, 5ª. Ed., 1994.
- SPERTI Angioletta. *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*. En Rivista di diritto costituzionale, 2006, p. 125 ss.
- SUGIYAMA, Naojiro, H.C. GUTTERIGDE, FRANTISEK WEYR y GEORGES CORNIL. *Concepto y métodos del Derecho comparado*. Estudio preliminar y versión española por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Compañía General Editora, México, 1941.
- TORRES Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranacional adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009.
- ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005.

Capítulo 12

El Pentágono Anticorrupción