

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

TÍTULO:

Argumento de derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional:
autoridad de la doctrina y la jurisprudencia comparada en el razonamiento de
las y los jueces constitucionales

**Trabajo Académico para optar el título de
Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica**

AUTOR:

Niels Jyeyson Apaza Jallo

ASESOR:

Cesar Augusto Higa Silva

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20194569

2019

RESUMEN

En tiempos de globalización circulan entre los países varios modelos o instituciones jurídicas, normas transnacionales o prácticas jurisprudenciales que se insertan con mucha facilidad en los sistemas jurídicos nacionales; de modo que, no es raro que las altas cortes nacionales citen a autores como Alexy o Ferrajoli, o hagan referencia a jurisprudencia de otras latitudes, como los casos *Marbury vs Madison* o *Rigg vs Palmer*; es más, el empleo del derecho comparado (legislación, doctrina y jurisprudencia) es común en la formación de los estudiantes del Derecho. Esto quizás porque los alcances de una norma, institución, categoría o figura es limitado, por lo que los operadores jurídicos se vean en la necesidad de mirar o poner atención a la experiencia comparada para captar los cambios y las novedades que se están produciendo, y así esgrimir en sus decisiones un razonamiento respaldado, que posea garantía y sea legítimo. Por ello, el problema objeto de investigación versa en el uso del derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional; concretamente, se evalúa si el Último Interprete de la Constitución emplea argumentos jurisprudenciales (decisiones de otras cortes) y teóricos (doctrina transnacional) del derecho comparado, para interpretar, comprender o solucionar los problemas vinculados con los derechos fundamentales; y, establecer cuál es la fuerza o peso que tiene la argumentación del derecho comparado en el marco de solución de un caso concreto que involucre derechos fundamentales (nivel de vinculación). Algunos de los resultados obtenidos en la investigación son: (i) el Tribunal Constitucional emplea jurisprudencia comparada para solucionar un asunto problemático que envuelve a los derechos fundamentales; (ii) la doctrina o la teoría extranjera tiene un lugar importante en la justicia constitucional; (iii) la jurisprudencia y la doctrina son elementos empleados para interpretar, comprender y brindar una mejor solución a una problemática concreta; sin embargo, su uso es persuasivo (orientan o guían al Juez), ya que no influyen directamente en la solución del caso; y, (iv) el nivel o peso que tiene el argumento de derecho comparado en la solución de una controversia o la interpretación de una institución o norma es medio o bajo, pues su empleo responde a fines estrictamente ilustrativos.

CONTENIDO

1.1. INTRODUCCIÓN.....	5
1.2. ESTADO, PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	10
1.2.1. Estado del problema de investigación	10
1.2.1.1 Doctrina extranjera y nacional	11
1.2.1.2. Legislación	11
1.2.1.3. Jurisprudencia	12
1.2.2. Planteamiento del problema de investigación.....	12
1.2.3. Descripción y planteamiento	15
1.2.4. Formulación del problema de investigación.....	17
1.2.5. Los objetivos de la investigación.....	18
1.2.6. Delimitación del problema de investigación	19
1.3. METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN	19
1.4. MARCO TEÓRICO.....	21
1.4.1. El marco de actuación del Estado Constitucional	21
1.4.1.2. El rol de la argumentación jurídica en el marco del Estado Constitucional.....	21
1.4.1.3. Los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional.....	23
1.4.2. El derecho comparado y su relación con la argumentación jurídica ...	24
1.4.3. El argumento basado en el derecho comparado: concepto, características, fundamento, uso y utilidad.....	25
1.4.4. Las ventajas y los peligros del uso de la argumentación en derecho comparado.....	27
1.4.5. Las dimensiones de la argumentación basada en derecho comparado.....	27
1.4.5.1. Dimensión teórica.....	29

1.4.5.2. Dimensión jurisprudencial	29
1.4.6. El valor o peso del argumento de derecho comparado en la solución de casos concretos.....	30
1.5. ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN	32
1.5.1. Los componentes y alcances del argumento de derecho comparado: descripción y precisión	33
1.5.2. El argumento de derecho comparado en el seno del Tribunal Constitucional (I): la práctica jurisprudencial de otras cortes o tribunales como razones para justificar las decisiones constitucionales en asuntos vinculados con los derechos fundamentales.....	34
1.5.3. El argumento de derecho comparado en el seno del Tribunal Constitucional (II): la doctrina o teoría jurídica comparada como razonamiento para justificar sus decisiones relativas a los derechos fundamentales	40
1.5.4. La fuerza del argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al momento de resolver una controversia vinculada con derechos fundamentales	45
1.6. CONCLUSIONES.....	48
1.7. RECOMENDACIONES	50
1.8. BIBLIOGRAFÍA.....	50

1.1. INTRODUCCIÓN

Los enfoques o las formas de abordar el asunto de la comparación jurídica son diversos¹, y las interrogantes o problemas que se pueden esbozar y responder sobre el mismo son plurales; por ejemplo, algunas preguntas, propias de la práctica comparativa efectuada por las altas cortes, que plantean serias dificultades en el terreno jurídico, son: ¿Las cortes son órganos legitimados para comparar el derecho local con el derecho extranjero en pos de justificar sus decisiones? ¿Cuál es la autoridad del derecho comparado cuando se efectúa comparaciones del derecho doméstico con el derecho extranjero? ¿Mediante la comparación, el papel o rol de las cortes cambia radicalmente? (Canale, 2018). A pesar de estas dificultades se puede constatar que se vienen realizando trabajos de carácter empírico para medir el impacto de la comparación en las cortes locales (Markesinis, 2004; Bobek, 2013). Asimismo, las categorías o elementos que participan de la comparación son los precedentes, las decisiones judiciales, las instituciones, las opiniones doctrinales y las distinciones dogmáticas, entre otros materiales jurídicos que –regularmente– no pertenecen o forman parte del ordenamiento jurídico de un país. Nótese que el empleo de dichas figuras o categorías responde y son utilizados para justificar una decisión².

Actualmente se viene madurando la idea de que la comparación jurídica es cada vez más necesaria, debido a que los sistemas u ordenamientos de los países muchas veces reproducen las mismas prácticas jurídicas, es más, enfrentan problemas similares; por ello, no parece extraño tomar en cuenta que los tribunales o cualquier operador jurídico pueda acudir al derecho comparado para solucionar determinados problemas, interpretar mejor una norma o comprender adecuadamente los alcances de una institución. Por otro lado, la comparación

¹ Por ejemplo, el profesor Heber Joel Campos Bernal (2018) señala que no es idónea la concepción de entender al derecho comparado como una “disciplina que consiste en comparar meras disposiciones normativas de dos o más sistemas jurídicos con el objeto de identificar semejanzas y diferencias que nos ayuden, ya sea a aceptar nuevos trasplantes legales o rechazarlos con base en el argumento de que son pocos los países que los ponen realmente en práctica”; e indica que hacer derecho comparado es “identificar líneas históricas comunes que nos permitan conocer más y mejor nuestro propio derecho” y entenderlo como un “insumo para reflexionar sobre nuestra cultura legal”.

² La lógica de la comparación se produce del siguiente modo: (i) se identifican los materiales jurídicos que serán materia de comparación; (ii) se establece el problema jurídico que requiere de la comparación; (iii) se aplica el derecho comparado para solucionar o justificar una decisión; y, (iv) se tiene cuidado en que los materiales jurídicos escogidos del derecho comparado resulten adecuados o idóneos para solucionar la problemática que se suscita en el derecho doméstico. Estos son los puntos sobre los cuales gira la comparación; sin embargo, existen más dimensiones que pueden ser comparados, pero estas exceden de la intención de investigación.

jurídica despierta o genera cambios a nivel de la práctica judicial, en razón de que los jueces ya no miran con exclusividad el derecho doméstico, sino que empiezan a fijarse en la experiencia comparada –apoyo de materiales jurídicos del derecho extranjero–; esto para justificar y explicar el razonamiento empleado en el marco de solución de un caso. No solamente ello, también se presenta un escenario donde las cortes inician diálogos mediante la herramienta de la comparación; además, según Canale (2018), se establecen conexiones informales entre diversas jurisdicciones, se producen intercambios de criterios e información, se resuelven conflictos, se armonizan contenidos a nivel global y se construyen cuerpos sistemáticos de criterios de interpretación y protección de derechos fundamentales, entre otros.

El paulatino incremento del proceso de globalización y la internacionalización de los sistemas jurídicos suponen importantes desafíos para el derecho; por ello, la comparación jurídica es un aspecto fundamental de la práctica jurídica contemporánea, porque permite ver un problema desde diversas perspectivas. Incluso, según Pegoraro (2005) y Pegoraro & Rinella (2006), la tendencia hacia la internacionalización crece incesantemente; esto debido a que la firma de tratados internacionales, la influencia de las sentencias de tribunales internacionales y la interpretación de las cortes supranacionales en materia de derechos humanos proyectan un marco de referencia para que las leyes y la interpretación de las mismas sean adoptadas por tribunales locales de distintos países; es más, la práctica comparativa se amplía a incorporar la jurisprudencia de otras cortes nacionales; de ahí que sea importante el papel de la comparación para alinear y armonizar las normas internas con los compromisos internacionales asumidos por el país. Además, como señala Ferrajoli (2018), la fundación de la organización de Naciones Unidas, el renacimiento del derecho internacional y la aparición de diversas declaraciones en materia de derechos humanos, a nivel regional y mundial, han generado un espacio nutrido para realizar comparaciones jurídicas. Precisamente, en el campo del paradigma constitucional se puede apreciar que los modelos de interpretación de derechos fundamentales –o humanos– y la práctica de protección de los derechos por parte de las cortes requieren el apoyo decisivo de los materiales jurídicos del derecho comparado.

La existencia de un marco de progresiva internacionalización de los ordenamientos jurídicos y la tendencia a usar el derecho comparado por parte de los tribunales locales o nacionales, generan la circulación de diversos modelos jurídicos –instituciones, categorías, interpretaciones, entre otros– que van incorporándose a la práctica jurídica de los países. En ese contexto, el presente trabajo pone énfasis en el uso, por parte del Tribunal Constitucional, del argumento basado en el derecho comparado, al momento de solucionar los problemas que enfrenta a diario, donde la función más notable es la interpretación y protección de los derechos constitucionales.

Esta investigación se realiza en el marco del derecho comparado, la argumentación jurídica y el Estado Constitucional. Partimos de la idea de que en la actualidad, en tiempos de globalización, circulan varios modelos jurídicos, instituciones procesales y categorías jurídicas que van insertándose con mucha facilidad en los sistemas jurídicos nacionales. Dicho escenario provoca que los operadores jurídicos de diversos países vean la necesidad de mirar o poner atención a la experiencia comparada para captar los cambios y las novedades que se están produciendo en otras latitudes. Los jueces, muchas veces, utilizan los materiales del derecho comparado para esgrimir un razonamiento claro, respaldado, que posea garantía y sea legítimo, ya que normalmente los alcances o lo que se puede entender de una categoría, figura, norma o institución es limitado.

En mérito a ello, el problema objeto de investigación versa sobre el uso del argumento de derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional; concretamente, pretendemos evaluar si esta institución emplea argumentos jurisprudenciales y teóricos del ámbito comparado para interpretar, comprender o solucionar mejor los problemas vinculados con los derechos fundamentales; además, se pone atención a la fuerza o peso que tiene la argumentación del derecho comparado en el marco de solución de un caso concreto que involucre derechos fundamentales. Quizás pueda parecer obvio que la justicia constitucional emplea argumentos basados en el derecho comparado, sin embargo, se desconoce la forma en que lo hace y el peso que este tipo de argumento posee; por ello, consideramos que es importante determinar objetivamente si se usa o no y, luego, evaluar el nivel de influencia que tiene.

En el Estado Constitucional se exige que el razonamiento jurídico sea cualificado³ y se empleen todos los recursos posibles para comprender y solucionar un caso. Esta situación se traduce en que los operadores jurídicos: (i) utilizan todos los materiales jurídicos de orden positivo que se encuentran vigentes; (ii) emplean herramientas del derecho comparado para solucionar un caso; y, (iii) se apoyan en desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y los contenidos recogidos en la Constitución –entre otras dimensiones que pueden considerarse según la finalidad que se persiga–. Además, en el Estado Constitucional se privilegian la razón y la argumentación para solucionar los diversos problemas, ya que así la respuesta elaborada por el operador jurídico –en específico los jueces– posee validez y legitimidad; además, existe un decidido compromiso por abrir el orden o sistema jurídico al escenario internacional –generar un tipo de diálogo con cortes internacionales–.

Como presupuesto necesario para comprender la dinámica y el comportamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos, es necesario conocer las implicancias del Estado Constitucional y la argumentación jurídica. Existen diversas entradas para acercarse al Estado Constitucional, sea la moral, el político, la cultural u otros; lo mismo ocurre con la argumentación jurídica, debido a que es un recurso que se utiliza con frecuencia en diversos espacios sociales y culturales. Frente a ello, debe destacarse que el Estado Constitucional asume el rol de materializar y proteger los derechos fundamentales; además, supone la apertura de los sistemas jurídicos nacionales al escenario internacional⁴ (porque los instrumentos internacionales cada vez más asumen protagonismo y condicionan el derecho doméstico de los países). Con relación a la argumentación jurídica, es un recurso o herramienta útil para entender la práctica jurídica que envuelve y se

³ El Tribunal Constitucional estableció que se requiere una motivación cualificada para las decisiones de rechazo de demandas o afectación del derecho a la libertad” (Expedientes 1744-2005-PA/TC, 3943-2006-PA/TC, 00728-2008-HC y 0896-2009-PHC/TC). Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que “corresponde a los jueces de la República evaluar si en los casos que son de su conocimiento se presentan o no [...] estereotipos de género (identificarlos), sancionarlos por discriminatorios y fundamentar de forma cualificada su decisión” (Casación N.º 851-2018/Puno); similar razonamiento se estableció con relación a la motivación de la conversión de las penas (Recurso de Nulidad N.º 2151-2017/Lima).

⁴ En nuestro caso, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sustentó la decisión emitida en el Expediente N.º 00861-2013-PHC/TC, sobre la condena del absuelto, en lo dispuesto en diversas normas de los sistemas regional y universal de protección de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

desenvuelve dentro de los predios del Estado Constitucional, ya que este tipo de Estado es considerado como el de las razones y fundamentos.

En tal escenario, la investigación aborda la problemática del empleo de las fuentes jurisprudenciales y teóricas del derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional, al momento de solucionar una controversia relacionada con los derechos fundamentales. Ello teniendo en cuenta que en la actualidad se desconoce el papel del derecho comparado –o la argumentación basada en derecho comparado– en la solución de las controversias conocidas por el Máximo Intérprete de la Constitución⁵, y el peso de tales argumentos. En líneas generales, preliminarmente podemos indicar que se encontraron los siguientes resultados: (i) el Tribunal Constitucional emplea jurisprudencia comparada (de otras altas cortes) para solucionar un asunto problemático que envuelve a los derechos fundamentales; (ii) la doctrina o la teoría extranjera tienen un lugar importante en las decisiones del Tribunal Constitucional; (iii) la jurisprudencia y la doctrina son elementos empleados para interpretar, comprender y brindar una mejor solución a una problemática concreta; sin embargo, su uso es de carácter persuasivo, ya que no influyen directamente en la solución del caso, sino que orientan, guían y direccionan al Juez constitucional; y, (iv) el nivel o peso que tiene el argumento de derecho comparado en la solución de una controversia o la interpretación de una institución o norma –según las decisiones que aquí se han examinado– es medio o bajo, debido a que su empleo responde a fines estrictamente ilustrativos⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, este trabajo únicamente se limitó a los siguientes aspectos: (i) la utilización del argumento de derecho comparado basado en la jurisprudencia: uso de la jurisprudencia extranjera en la solución de los casos

⁵ Resulta ilustrativo que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, al momento de evaluar si un Estado requirente –en un proceso de extradición– otorgó o no las garantías suficientes de que no aplicará la pena de muerte al requerido, cite los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ocurrió en el Expediente N.º 05461-2015-PHC/TC. Similar es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en el Recurso de Nulidad N.º 420-2018/Cajamarca, citó e hizo suya la doctrina elaborada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con relación a los criterios de validez de una condena, aun cuando la agraviada y los testigos no hayan declarado en el juicio oral.

⁶ A pesar de ello, cabe dejar algunas anotaciones adicionales: (i) la influencia que se analiza es en la argumentación que elaboran los jueces constitucionales, esto es, si el argumento de derecho comparado sirve como una razón fuerte o suficiente para garantizar el desenlace del fallo en un sentido A o B, situación que se produce de forma intermedia porque los jueces no fallan –como regla– apoyándose en razones de la experiencia comparada; y, (ii) es probable que exista un fallo o decisión que desconocemos donde el Tribunal Constitucional haya decidido acoger y mantener la solución brindada en la experiencia comparada, lo que resultaría peculiar y llamativo, mientras tanto, por ausencia de dicha información no se consigna en la presente investigación.

o controversias, y para comprender e interpretar mejor los alcances de una institución, categoría jurídica o brindar un razonamiento plausible, en especial, en aquellos casos vinculados con los derechos fundamentales; y, (ii) el empleo de la doctrina extranjera al momento de argumentar, interpretar o encontrar una solución a un caso concreto sobre derechos fundamentales. Todo ello enmarcado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, lo que implicó la revisión de las decisiones emitidas por dicho órgano, enfocándonos concretamente en el uso del argumento basado en derecho comparado en aquellas controversias que envuelvan situaciones o se analicen problemáticas relacionadas con la protección de los derechos fundamentales; esto último supone, normalmente, análisis de los procesos constitucionales de libertad.

En síntesis, la intención del trabajo fue elucidar el uso del argumento basado en el derecho comparado por el Tribunal Constitucional peruano; concretamente, a evaluar la dimensión teórica (doctrina) y jurisprudencial, es decir, qué autores son los citados en las sentencias del Tribunal y las sentencias más empleadas o invocadas del derecho comparado –en otras palabras, prácticas jurisprudenciales de otras cortes que son usadas por el TC peruano–. Posteriormente, en la parte final, se expone la fuerza del argumento basado en el derecho comparado, al momento de solucionar o resolver un problema vinculado con los derechos fundamentales; en otros términos, esto último es una evaluación acerca del nivel de vinculación que puede poseer un argumento proveniente de la teoría y/o la jurisprudencia comparada o, por el contrario, si la misma no logra vincular en el sentido u orientación de las decisiones que emiten los jueces constitucionales.

1.2. ESTADO, PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.2.1. Estado del problema de investigación

La argumentación jurídica tiene un rol protagónico y esencial en el derecho contemporáneo, al punto que las dimensiones práctica y teórica del derecho están inmersas en el mundo de las razones; además, las decisiones que se adopten en cualquier plano o estrato de la esfera jurídica requieren del respaldo de razones para que queden justificadas (Feteris, 2007, p. 15). Así ya no resulta novedoso

afirmar que el derecho contemporáneo mantiene fuerte compromiso con la capacidad para argumentar, esto es, en lo esencial, ofrecer razones a favor de una forma de “aplicación del derecho” (Gascón y Figueroa, 2016, p. 43). En ese orden, los operadores jurídicos, en especial los jueces, diariamente tienen que justificar un determinado enunciado, es decir, emplean y construyen razones utilizando herramientas de la argumentación jurídica para que las mismas sean más consistentes y plausibles.

Los puntos de ingreso al tema de la argumentación jurídica son diversos. Uno puede empezar a estudiarla desde la dimensión puramente teórica, la práctica, la legal u otros; ello se debe a que casi todos los ámbitos o áreas de estudio del fenómeno jurídico son altamente susceptibles a los embates que genera la irrupción de la argumentación jurídica en el derecho. Por tal motivo, la presente investigación tiene especial énfasis en la argumentación de derecho comparado, lo cual consiste en usar los recursos y materiales –como fuentes– del derecho comparado para explicar el mundo fáctico de acuerdo a las razones (argumentación jurídica) o simplemente para interpretar, comprender o analizar una determinada institución, figura y categoría del derecho que no resulte comprensiva solamente remitiéndose al derecho doméstico.

1.2.1.1 Doctrina extranjera y nacional

En la doctrina extranjera existen avances sobre la explicación del derecho comparado en las decisiones de altas cortes o tribunales; en especial, cuando se trata de proteger derechos fundamentales. En el plano doméstico (nacional) los trabajos todavía son precarios; es más, casi no se leen investigaciones que expliquen la importancia del argumento de derecho comparado para justificar decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales. El mismo panorama se replica para el caso de las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

1.2.1.2. Legislación

Existen diversos instrumentos legales en el plano internacional, en específico, aquellos vinculados con la protección de derechos fundamentales o humanos (sistemas regional y universal de protección de

derechos humanos); entonces, en dicho plano las cosas están más claras y tienen mayor repercusión. Lo que también se advierte es que existe legislación internacional que puede ser utilizada por los órganos de administración de justicia, en especial, el Tribunal Constitucional, siempre que se enmarque en la protección de los derechos fundamentales.

1.2.1.3. Jurisprudencia

La práctica jurisprudencial de las altas cortes de otros países va en crecimiento; además, se pronuncian con bastante incidencia sobre los derechos fundamentales, en especial, de grupos minoritarios o en desventaja. Así, la jurisprudencia va incrementándose, al punto que tenemos como cortes activistas y muy conocidas a la Corte Constitucional de Colombia. Este tipo de cortes (activistas) tiene más presencia en otras latitudes, por tanto, el robustecimiento de los derechos se ha producido de la mano de los tribunales.

1.2.2. Planteamiento del problema de investigación

Hoy en día el asunto de la argumentación o razonamiento jurídico es un aspecto central de la práctica y “la experiencia jurídica”; además, “lo ha sido siempre, con independencia de que, para referirse a ese elemento de lo jurídico, se haya utilizado esta denominación o alguna otra más o menos equivalente, como “razonamiento jurídico”, “método jurídico” o “lógica jurídica” (Atienza, 2013, p. 20). Esta situación es mucho más evidente en la práctica jurídica de los Estados Constitucionales o democráticos, porque la “dimensión argumentativa parece haber adquirido una particular importancia” (Atienza, 2013, p. 21), ya que los operadores jurídicos ensayan y ofrecen razones para justificar una decisión. Sin embargo, esto no fue siempre así; en décadas pasadas las decisiones judiciales no estaban explicadas y justificadas tal como hoy sucede. Es a raíz de esto que la argumentación jurídica se ha vuelto en un factor importante de la experiencia jurídica⁷.

⁷ Uno de los aspectos que llevaron a posicionar a la argumentación en el centro del debate y el razonamiento jurídico es que las decisiones deben ser de calidad y la cualidad que deben poseer es la completitud; por ello, actualmente se habla del control constitucional de las resoluciones judiciales, de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones (o en su momento del defenestrado Consejo Nacional de la Magistratura) y de los laudos arbitrales.

El auge de la argumentación jurídica supuso la elaboración de diversos esquemas de razonamiento para garantizar decisiones judiciales imparciales, objetivas, motivadas o justificadas. En tal sentido, desde las dimensiones interna y externa del derecho se ha puesto especial énfasis en que los operadores jurídicos cuenten con herramientas analíticas y operativas para que organicen las razones adecuadamente para solucionar un caso; por ello, los esquemas de razonamiento existentes tienen como propósito explicar y evaluar el razonamiento esgrimido por los operadores jurídicos. Desde la dimensión interna del derecho, mediante la argumentación jurídica se explica que la elaboración de las razones debe estar apegada a los hechos y las normas, es decir, el operador jurídico tiene que empezar por ubicar y conocer los hechos y, posteriormente, buscar apoyo normativo para que tengan efectos jurídicos; en dicho contexto, la argumentación jurídica se coloca como una herramienta que se sirve para evaluar la consistencia y razonabilidad de dichos hechos y normas. Desde la dimensión externa, la argumentación jurídica ubica el contexto del problema y las posibles repercusiones; además, mide el impacto de una determinada solución en el plano de la realidad, es decir, más allá de las circunstancias lógicas y jurídicas.

Es importante mencionar que el derecho comparado es un recurso bastante utilizado por los operadores jurídicos; es más, en muchas ocasiones las juezas y jueces razonan teniendo como presupuesto y esquema⁸ el derecho comparado; incluso la formación jurídica⁹ está fuertemente comprometida con el empleo de materiales vinculados con el derecho comparado¹⁰. De allí que el derecho

⁸ El uso de las herramientas del derecho comparado para argumentar sobre los problemas que se presentan a nivel práctico no son perceptibles en algunos casos y en otros son plausibles. En todo caso, siempre será común que la motivación o justificación de una resolución tendrá ingredientes de todo tipo, incluidas las del derecho comparado (normas, jurisprudencia o doctrina).

⁹ Actualmente no es raro que diversos docentes, sea en sus sesiones de clases ordinarias o en eventos académicos generales o de especialistas, citen razonamientos de la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, en los ya famosos “Desayunos Constitucionales”, organizado por los docentes del departamento de Derecho Constitucional de la PUCP, específicamente en las ponencias de los profesores Jorge León Vásquez o Liliana Salomé Resurrección, sobre “El Tribunal Constitucional como Mediador” e “Igualdad, No discriminación e Interseccionalidad”, respectivamente, se citó dos casos de la jurisprudencia comparada, esto es, los casos L.E.R., del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y Lam v. University of Hawái, del Noveno Circuito del Tribunal Federal de Hawái. Otros famosos casos, siempre citados en la doctrina o jurisprudencia, son Marbury vs. Madison, Dred Scott vs Sandford, Riggs vs Palmer y Brown V. Board of Education of Topeka.

¹⁰ En la reforma de los planes de estudios se incorporaron cursos vinculados con la argumentación jurídica y se usan materiales o textos de autores extranjeros para comprender mejor el alcance de una institución del derecho constitucional o procesal constitucional. Por ello los jueces constitucionales conocen y, en algunos casos, están formados bajo un perfil teórico que, necesariamente, proviene del exterior, consecuentemente el razonamiento de los mismos está impregnado de dicho *background* teórico; sucede lo mismo con los asesores del Tribunal Constitucional. Este asunto de los ensambles o exportaciones teóricas se puede ver mejor en Diego López y Daniel Bonilla (López, 2008; Bonilla, 2016, entre otros), por citar algunos autores de nuestro

comparado ocupa un lugar especial en la formación y desarrollo del razonamiento jurídico de los operadores nacionales. Aunado a ello, con el tema de la globalización y la progresiva internacionalización de los sistemas jurídicos, se puede apreciar que circulan con mayor habitualidad las razones que subyacen del derecho comparado, esto es, los sistemas jurídicos locales o nacionales ya no pueden desempeñarse con eficacia solamente atendiendo a contextos internos, sino que es importante mirar la experiencia externa.

Por ello, reiteramos, el problema que abordamos en la investigación se relaciona con el desconocimiento existente sobre el uso o manejo del derecho comparado en las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional y peso o valor del mismo; esto es, no se sabe si dicha institución, al momento de emitir o elaborar una sentencia, busca justificar sus premisas en el derecho comparado. Así, específicamente, se busca determinar si el Tribunal Constitucional utiliza el argumento de derecho comparado cuando emite decisiones vinculadas con derechos fundamentales (procesos constitucionales en los cuales estén involucrados o se alegue la vulneración de derechos fundamentales).

Incursionando en la problemática, de modo general, podemos indicar que la argumentación jurídica basada en el derecho comparado permaneció descuidada; en la actualidad no se conoce con exactitud si los tribunales utilizan las fuentes teóricas y jurisprudenciales del derecho comparado para justificar sus decisiones, inclusive, en caso de conocerse preliminarmente que usan dichas fuentes, todavía no se estableció el modo y los propósitos bajo los cuales fue empleado¹¹. Así, con relación al uso del derecho comparado en la solución de controversias, sabemos que el Tribunal Constitucional viene adoptando en sus decisiones el marco jurídico e interpretativo internacional, especialmente, aquel proveniente del sistema interamericano (que nos es vinculante); sin embargo, desconocemos casi por completo la razón y el valor del empleo de la teoría (doctrina) y la jurisprudencia comparada en la justificación de las decisiones.

idioma, porque existe abundante producción sobre dicho tema, sobretudo en el contexto anglosajón, bajo la denominación de *borrowing or foreign law*.

¹¹ Por ejemplo, en un fallo reciente (Expediente N.º 01204-2017-PA/TC, f.j. 35), el Tribunal Constitucional citó un criterio de la Corte Constitucional de Colombia, con relación al reconocimiento de las familias ensambladas; sin embargo, no está claro porque realizó dicha cita: criterio necesario, complementario, disuasivo, persuasivo, referencial o de autoridad.

Considerando todo lo explicado, resulta claro que la intención de la investigación es explicar si el Tribunal Constitucional emplea y utiliza el derecho comparado (o argumento de derecho comparado) para resolver problemas vinculados con los derechos fundamentales; y, evaluar el estatus (o posición) y la utilidad que tiene el uso este tipo de razonamiento para justificar decisiones que involucren a los derechos fundamentales. Ello con la finalidad de conocer, en especial, dos asuntos concretos: la teoría (o doctrina) y la jurisprudencia comparada que emplea el Tribunal Constitucional al momento de resolver las controversias vinculadas con los derechos fundamentales (procesos constitucionales de libertad, es decir, aquellos casos que se avocan a proteger la dimensión subjetiva e individual de un derecho).

1.2.3. Descripción y planteamiento

El problema de investigación consiste en que no se conoce el rol y papel que desempeña el derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según expresamos antes, en razón a que dicha institución no ha sido ajena a la práctica de importar y poner en práctica la teoría y la jurisprudencia producida en otros países. En muchos casos la base de las decisiones adoptadas por los jueces constitucionales tiene como fuente el derecho comparado. Por ejemplo, figuras como el estado de cosas inconstitucional, la autonomía procesal, los test de proporcionalidad o de igualdad y las sentencias interpretativas provienen de experiencias ajenas a la práctica jurídico-constitucional del país; por esa razón, es importante conocer el modo en que el Tribunal Constitucional ha empleado el derecho comparado, en especial, en aquellos casos relacionados con los derechos fundamentales. Para ello es necesario revisar el contenido de las decisiones de dicho órgano; en concreto, los procesos constitucionales de libertad (donde se discute sobre la vulneración o no de los derechos fundamentales).

Inciendo en el problema, este se circunscribe a las dimensiones (i) teórica y (ii) jurisprudencial. En estos dos planos se evalúa el modo en que opera el argumento de derecho comparado; adicionalmente, dejamos claro que el trabajo se limita exclusivamente al análisis de los procesos constitucionales que están diseñados para la protección de derechos fundamentales. De tal modo que se tiene cuidado en evaluar que las sentencias revisadas cumplan con los siguientes

requisitos: (i) análisis de problemas con relevancia iusconstitucional y (ii) la argumentación que haya utilizado el juez constitucional conduzca a reforzar la protección de un derecho fundamental. Además, evaluamos las teorías o doctrina que más se cita en una sentencia del Tribunal Constitucional (Por poner ejemplos, Alexy, Dworkin y Habermas) y la experiencia o práctica jurisprudencial más empleada (Corte o Tribunales Constitucionales de Colombia, Alemania, España y Corte Suprema de los Estados Unidos).

En tono descriptivo debemos considerar que los elementos o componentes del derecho comparado son: (i) las disposiciones jurídicas: consistentes en la evaluación y aplicación de normas del derecho internacional para solucionar un caso concreto (influencia decisiva o fuerte)¹²; ii) las prácticas jurisprudenciales: análisis de decisiones o fallos emitidos por tribunales internacionales, que son utilizados por parte de los jueces locales, en especial, el Tribunal Constitucional (criterios jurisprudenciales de los tribunales extranjeros)¹³; y, (iii) el desarrollo teórico o de doctrina: invocación, en los fundamentos de una decisión, y/o adhesión a una posición teórica para solucionar la controversia o incertidumbre. Estos tres aspectos son el sustrato necesario para emprender o considerar la argumentación de derecho comparado; también, en dichos ámbitos se desenvuelven la práctica o razonamiento jurídico de los tribunales y, en especial, del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el presente trabajo consideraremos solo dos dimensiones: la teórica y la jurisprudencial, debido a que son los aspectos que más nos interesan; además, es más plausible el uso del aspecto normativo, lo cual ya no justifica su revisión.

Es posible deducir –de forma preliminar– los contextos en que la experiencia comparada¹⁴ puede desenvolverse: (i) interpretar y comprender mejor los alcances de una disposición jurídica, (ii) solucionar un caso concreto evaluando la forma en que fue tratado en la experiencia comparada, (iii) reforzar la argumentación en

¹² Por ejemplo, los operadores jurídicos, al momento de interpretar disposiciones legales de semántica poco clara, comparan su redacción con normas similares de otros países y, a partir de ello, reconstruyen el dispositivo legal y normas extraíbles de la misma.

¹³ La jurisprudencia de las altas cortes peruanas demuestra que, ante casos complicados, se cita jurisprudencia de otras altas cortes, a efectos de ampliar o reforzar la justificación de sus fallos.

¹⁴ En el caso de la doctrina y la jurisprudencia, hay que destacar que el Tribunal Constitucional puede usar algo relacionado a nivel local, es decir, decisiones de la Corte Suprema, Salas Superiores o posiciones de la doctrina nacional; sin embargo, en el presente trabajo nos circunscribiremos, casi con exclusividad, al uso del derecho comparado.

materia de derechos fundamentales con recursos adicionales (ver desde una mejor óptica un caso difícil que incumba a los derechos) y (iv) usar la teoría para optimizar la interpretación de una disposición. Esto desde ya plantea un problema; entonces, la intención del trabajo es descubrir y dilucidar dicha problemática.

En suma, la interrogante que la investigación busca responder es: ¿El Tribunal Constitucional utiliza el argumento de derecho comparado al momento de solucionar controversias o problemas que involucren a los derechos fundamentales? Para responder a esta pregunta, en relación a la organización y procesamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional, se trabaja en dos momentos: (i) identificación de todas las sentencias que tengan como palabra clave: derecho comparado; esto será posible con la ayuda del buscador del Tribunal Constitucional, las memorias institucionales y la jurisprudencia relevante seleccionada por el mismo órgano; y, (ii) búsqueda y revisión de las sentencias que hayan hecho cita de la doctrina y la jurisprudencia comparada; esto supone insertar en el buscador el autor y el nombre de la corte o país, solo así se podrá tener datos manejables. Algunos datos preliminares son: (i) en la entrada de la palabra *derecho comparado*: el Tribunal Constitucional reporta un total de 168 sentencias, que son evaluadas para los fines de la investigación; (ii) en la entrada de las palabras teoría o doctrina jurídica (*Alexy, Habermas, Dworkin, Pulido, Gargarella y Nino*): 28, 9, 16, 15, 3, 2; y, (iii) en la entrada jurisprudencia (Corte Constitucional de Colombia y Tribunal Constitucional Español): 233 y 140. Así, la investigación demostrará si el argumento de derecho comparado ocupa una posición gravitante o persuasiva en el razonamiento de los jueces constitucionales (Tribunal Constitucional).

1.2.4. Formulación del problema de investigación

En este punto se consideran las interrogantes de investigación que se han elaborado para la presente investigación, en tal sentido, se colocará la interrogante general y las específicas.

a) Interrogante general

- ¿El Tribunal Constitucional utiliza el argumento de derecho comparado al momento de solucionar controversias o problemas que involucren a los derechos fundamentales?

b) Interrogantes específicas

- ¿Cuáles son los componentes y alcances del argumento de derecho comparado?
- ¿El Tribunal Constitucional usa como una fuente de argumentación la doctrina o teoría jurídica comparada para justificar sus decisiones relativas a los derechos fundamentales?
- ¿El Tribunal Constitucional acude y emplea como fuente la práctica jurisprudencial de otras cortes o tribunales para justificar sus decisiones en asuntos vinculados con los derechos fundamentales?
- ¿Cuál es la fuerza del argumento de derecho comparado al momento de resolver una controversia vinculada con derechos fundamentales?

1.2.5. Los objetivos de la investigación

Objetivo general

- Analizar si el Tribunal Constitucional utiliza el argumento de derecho comparado al momento de solucionar controversias o problemas que involucren a los derechos fundamentales.

Objetivos específicos

- Explicar los componentes y alcances del argumento de derecho comparado.
- Establecer si el Tribunal Constitucional usa como una fuente de argumentación la doctrina o teoría jurídica comparada para justificar sus decisiones relativas a los derechos fundamentales.
- Analizar si el Tribunal Constitucional acude y emplea como fuente la práctica jurisprudencial de otras cortes o tribunales para justificar sus decisiones en asuntos vinculados con los derechos fundamentales.
- Indicar la fuerza o status jurídico del argumento de derecho comparado al momento de resolver una controversia vinculada con derechos fundamentales.

1.2.6. Delimitación del problema de investigación

El problema se inscribe dentro del derecho comparado, la argumentación jurídica y el Estado Constitucional, pero –con precisión– se limita a situaciones concretas de las tres dimensiones o temas mencionados. Como señalamos antes, lo que interesa es conocer el modo en que se emplea dentro del seno de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el argumento proveniente del derecho comparado, que se basa en la jurisprudencia –práctica jurisprudencial de cortes de otros países– y la teoría –autores extranjeros citados o mencionados–, siendo las razones últimas analizar si el empleo de las mismas es para interpretar, comprender o solucionar mejor una controversia vinculada con los derechos fundamentales¹⁵, y el valor o la fuerza que tiene dicho tipo de argumento en la solución de controversias.

1.3. METODOLOGÍA DE TRABAJO DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Enfoque de investigación: cualitativa. Se usa este enfoque de investigación porque permite al investigador acercarse al fenómeno u objeto analizado con flexibilidad, ya que no es un enfoque rígido y estático, sino que a medida que se avanza con la investigación se van introduciendo los datos así como la información (Flick, 2015, p. 34). En este caso, el fenómeno que se analiza son las sentencias del Tribunal Constitucional; en especial, se pone atención al razonamiento empleado por los jueces constitucionales.

1.3.2. Las variables o categorías de investigación: las categorías de análisis están en correlación con los objetivos de investigación, ya que sobre las mismas se presentan los resultados y se realiza la discusión de la investigación; en este caso, las categorías de investigación que se tienen son: (i) el Estado Constitucional, (ii) el Tribunal Constitucional, (iii) la argumentación jurídica, (iv) el derecho comparado, (v) el argumento de derecho basado en la doctrina y la jurisprudencia, y (vi) la fuerza del argumento de derecho comparado. Se debe indicar también que estas categorías están formadas sobre referencias teóricas, ya que allí radica el

¹⁵ Dentro del Estado Constitucional, la limitación del poder requiere de razones y autoridad; por ello, la argumentación jurídica –empleo de razones para limitar el poder– y el derecho comparado –razones y autoridad provenientes de otro ámbito– son aspectos esenciales de la práctica jurídica.

desarrollo sobre los alcances de cada categoría que se usa en la investigación; por tal motivo, se acude a dichas fuentes, para obtener la finalidad y desarrollos vinculados con las categorías que vienen siendo desglosadas.

1.3.3. Técnicas de investigación: dogmático (descriptivo, explicativo y propositivo) y análisis documental, ya que en esta investigación se evalúa el contenido de las sentencias y la hermenéutica. Los pasos por los que se transitan son: (i) descripción de la realidad problemática: aquí se apoya en la dimensión descriptiva de la dogmática; (ii) la explicación del fenómeno problemático: utilizando la dimensión explicativa de la dogmática; y, (iii) interpretación de los resultados obtenidos: esto se realiza con la ayuda del método hermenéutico.

1.3.4. Recolección, análisis y clasificación de la información: La recolección de la información se realiza tomando en cuenta la realidad problemática, no solamente ello, sino que se consignan en fichas textuales y bibliográficas. Luego, el análisis se efectúa considerando los objetivos de investigación que fueron materia de planteamiento. Después, la clasificación de la información responde, nuevamente, a los objetivos de la información, porque los datos recogidos que están vinculados con la problemática de la información son procesados de acuerdo a cada categoría de análisis que se genera a raíz de los objetivos de investigación.

1.3.5. Formas de procesamiento y análisis de datos: sobre la base de los objetivos de investigación; en este caso, tenemos cuatro objetivos específicos, entonces, el procesamiento de la información responde a dichos componentes. El procesamiento y análisis de la información se realiza con la ayuda de la información recogida en los instrumentos de investigación, ya que allí se consignan los datos relevantes que serán objeto de análisis.

En este punto cabe precisar que la forma en que se accedió a la información se basa en las siguientes etapas: (i) descripción del objeto de investigación, porque era importante detallar las características, el contexto y circunstancia en que se produce y analiza la situación problemática, (ii) la categorización de la información disponible –previa revisión de

antecedentes–; (iii) revisión de las fuentes o documentos que pudieran informar así como configurar o dar contenido a las categorías de información; (iv) comparación entre la información teórica y los datos; y, (v) explicación e interpretación de las categorías de investigación, la misma que se basó en información teórica y antecedentes. Todo esto se realizó con la ayuda de los instrumentos de investigación, esto es, datos e información que se recogió en los instrumentos de investigación.

1.4. MARCO TEÓRICO

1.4.1. El marco de actuación del Estado Constitucional¹⁶

Los aspectos puntuales que se ponen en debate en este modelo de Estado son: (i) la normatividad de la Constitución; (ii) los derechos fundamentales; y, (iii) el control de constitucionalidad. El primer supuesto implica la proyección de la autoridad de la Constitución; concretamente, el robustecimiento de las disposiciones constitucionales, porque son de aplicación inmediata y tiene consecuencias el incumplimiento de las mismas (cualquier acto o norma que infrinja es nula). El segundo caso implica la juridificación de valores de máxima importancia para la sociedad como es la libertad, la dignidad, la igualdad, entre otros; además, los derechos fundamentales son de carácter subjetivo, porque otorgan inmunidades y privilegios a las personas porque poseen dignidad. El último supuesto es la manifestación de la fiscalización del poder, es decir, ningún poder público o privado puede actuar alejado o contravenir a la Constitución, si ello sucede entonces es posible controlar dicha actividad irregular.

1.4.1.2. El rol de la argumentación jurídica en el marco del Estado Constitucional

Enmarcamos la investigación dentro del canon del Estado Constitucional porque en la doctrina se da cuenta de la expansión de las ideas que justifican y rodean a este tipo de Estado, ya que la integridad de los sistemas jurídicos contemporáneos sufren modificaciones o impactos provenientes de las bases de dicho modelo de Estado. Además,

¹⁶ En este punto corresponde ser breves porque las implicancias y fundamentos de este tipo de Estado ya vienen bastante justificadas en la teoría constitucional contemporánea.

se aprecia el acompañamiento de cierto desarrollo teórico y jurisprudencial (Alexy, 2009, p. 31) que actúan como soportes del Estado Constitucional. En tal sentido, ya no resulta novedoso afirmar que la Constitución es una norma que viene dotada de “fuerza invasiva general” que proviene o deriva de la constitucionalización de valores, inclusive, se puede entender que la Constitución se convierte en un valor en sí (Pozzolo, 2009, p. 192).

Las ambiciones teóricas y jurídicas del Estado Constitucional son visibles, ya que sostiene que la noción de Constitución define el modelo de Estado contemporáneo. Ello se traduce en que la Constitución es una norma que limita el poder y es una norma directiva fundamental, no solo ello, inclusive, se posiciona como fuente del sistema jurídico, es decir, es una fuente del derecho porque desde allí se configura el orden legal ordinario. Otro aspecto es que la Constitución del Estado Constitucional acoge un conjunto de valores y principios que rigen en la sociedad, entonces no se limita únicamente a explicar sobre el contenido de las disposiciones constitucionales.

Hasta aquí solamente hemos dado cuenta sobre las implicancias o peculiaridades del Estado Constitucional, sin embargo, no se ha definido como es que afecta o tiene impacto en la argumentación o razonamiento jurídico. Sobre ello, concretamente, se debe indicar que “la concepción o noción de Constitución vista o percibida como norma jurídica afecta directa y especialmente a las funciones de quienes había venido desempeñando la tarea legislativa y la labor jurisdiccional” (Sastre, 2009, p. 241). Siendo ello así, se entiende que dentro de este tipo de Estado el razonamiento o argumentación es un aspecto fundamental, ya que toda tipo de actividad necesita de control y, lo más fundamental, justificación. Se parte de la idea que el Estado Constitucional es la expresión del gobierno de las razones, se justifica en base a ellas. Y la argumentación jurídica es una herramienta que sirve para tal finalidad, ya que es una herramienta para organizar y sistematizar las razones.

Más allá de lo indicado, también se debe precisar que la actividad de argumentar envuelve diversos aspectos, tal es así que siguiendo a Santibañez (2018) se puede entender que argumentar demanda ciertas características cognitivas del agente, existen ciertos elementos de carácter cognitivo, se da dentro de una estructura, además, involucra cierta definición así como la acción que se quiere lograr con la argumentación. Los operadores jurídicos la mayor parte del tiempo se pasan elaborando argumentos o formas de presentar un argumento, situación que requiere del cumplimiento de ciertos aspectos, solo así será sólido y consistente el argumento. Para tal efecto líneas atrás se mencionó las características de la argumentación, la misma que consiste en tomar en cuenta aspectos cognitivos, estructura, forma de presentación del argumento, entre otros. Esto aplica para todo tipo de argumentación, sin embargo resulta relevante dentro del campo jurídico porque existe más relevante, sea por los hechos, situaciones o circunstancias que están en juego.

Como se acaba de mencionar, la argumentación jurídica tiene un espacio fundamental dentro del Estado Constitucional. Esta afirmación se puede traducir del siguiente modo: (i) el Estado Constitucional es un tipo de Estado que privilegia las razones y la justificación, es decir, toda actividad realizadas tanto por el poder público así como privado debe estar motivada, (ii) el razonamiento que se promueve es de carácter democrático, ya que el peso recae en las razones más que en la autoridad, (iii) se emplean diversos recursos para justificar o motivar una decisión (derecho comparado, análisis histórico y otros) entre otros.

1.4.1.3. Los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional

Los derechos fundamentales tienen un papel importante en todo este proceso, ya que tiene como finalidad garantizar el respeto de los bienes más esenciales de las personas, a su vez, son valores de carácter objetivo que inspiran a la sociedad. En tal sentido, en el Estado Constitucional el sistema jurídico está compuesto esencialmente por

derechos fundamentales, ya que actúan como límites al poder y consagra ciertas competencias e inmunidades a favor de las personas (derecho subjetivo).

En la doctrina se ha precisado que los derechos fundamentales son de carácter subjetivo, pero que requiere de un deber objetivo de protección por el Estado. De ahí que se tenga la noción de que los derechos fundamentales tienen una doble dimensión: una dimensión subjetiva y objetiva, por tanto, siguiendo a Landa (2019), se tiene que por el doble carácter los derechos fundamentales poseen un haz subjetivo y un haz objetivo. Y el modo en que se entienden dichos derechos en el marco del Estado Constitucional es integral, ya que no se prefiere únicamente el aspecto individual del mismo, sino que se busca la satisfacción del interés público a través de los derechos. Esto supone que la protección dispensada a los derechos fundamentales se produce tanto en la dimensión individual así como colectiva.

1.4.2. El derecho comparado y su relación con la argumentación jurídica

En este punto cabría hacernos la interrogante de si ¿es posible encontrar la relación entre derecho comparado y argumentación jurídica? Tenemos que empezar indicando que el derecho comparado supone la vigencia de diversos modelos de sistemas jurídicos, reglas, principios, entre otros, ya que cada país construye y elabora su propio “derecho”, “sistema de normas” o “sistema jurisprudencial” porque debe responder a las expectativas de cada realidad. En ese sentido, de forma estándar podemos indicar que el derecho comparado está conformado por la vigencia o presencia de modelos de administración de justicia, solución de conflictos, normas, entre otros. En ese orden, comparar sistemas, procesos, entre otros, son esenciales para comprender mejor la dinámica y el comportamiento de un sistema jurídico.

La argumentación jurídica es un esquema o modelo de razonamiento de privilegia el uso de las razones para justificar la solución de un determinado caso, además, se vale de las reglas de la lógica, ello siempre que resulten aplicables o sean pertinentes. En los últimos años se ha puesto mucho énfasis en la dimensión racional o argumentativa del derecho porque las decisiones que adopten todos los

órganos del poder público y privado deben estar justificados en premisas, a su vez, en razones. Entonces, el método que se emplea en la resolución de controversias y el debate jurídico es la argumentación jurídica porque es una manera de organizar y presentar ideas frente al público (las partes de un proceso), no solo ello sino que analizan más ámbitos. La argumentación jurídica contribuye a comprender mejor la actividad judicial (aspecto descriptivo), además, mediante la teoría de la argumentación se puede explicar y comprender mejor cómo trabajan los jueces (aspecto prescriptivo) (Gascón & Figueroa, 2016).

Finalmente, sobre la relación entre el derecho comparado y la argumentación jurídica, apreciamos que a primera vista no existe ningún tipo de relación, ya que no es obvio, esta situación motiva a elaborar mejor las dimensiones en que pueden conectarse; al respecto, se pueden plantear los siguientes escenarios: (i) la argumentación jurídica emplea el derecho comparado para generar respuestas consistentes y sólidas, (ii) la argumentación jurídica necesita del derecho comparado, en algunas ocasiones, para justificar una decisión, (iii) la argumentación jurídica es un método que puede valerse del derecho comparado, en especial, cuando se trata de solucionar problemáticas vinculadas con la interpretación y comprensión de una institución o categoría jurídica. De tal modo que se puede apreciar que la conexión entre argumentación jurídica y derecho comparado tiene varios puntos de encuentro o intersección.

1.4.3. El argumento basado en el derecho comparado: concepto, características, fundamento, uso y utilidad

El argumento basado en derecho comparado es un recurso al cual acuden los tribunales para interpretar y comprender mejor una institución, categoría jurídica o encontrar una solución para una controversia, siendo necesario para tal finalidad el uso de recursos del derecho comparado. Existen diversas maneras de sumergirse en el derecho comparado y la argumentación jurídica, en este caso, la investigación solamente se limita al análisis del uso que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina y jurisprudencia comparada para solucionar conflictos vinculados con los derechos fundamentales. Habiendo precisado ello, ahora, se puede indicar que el argumento basado en el derecho comparado consiste en la utilización de todas las

herramientas o insumos que el derecho comparado provee, esta situación se puede concretizar así:

- (i) El argumento de derecho comparado sirve para interpretar o comprender mejor una institución jurídica.
- (ii) El argumento de derecho comparado se utiliza para interpretar o comprender con mayor dato e información sobre un principio, norma u otra categoría jurídica.
- (iii) El argumento de derecho comparado sirve como razón para solucionar ciertas controversias que sean complejas, pero que hayan sido tratados en el ámbito comparado.

La característica más importante es que el argumento basado en derecho comparado tiene como finalidad extender el horizonte de soluciones que pueden caber en un caso, o, también ampliar la interpretación y comprensión de una norma, principio, institución, entre otros. Normalmente, el uso de la argumentación jurídica con apoyo del derecho comparado supone un ejercicio extra al habitual, es decir, cuando la interpretación literal, gramatical, entre otros, resultan insuficientes, solo en ese caso aparece el derecho comparado, ya que de algún modo se tiene que solucionar la situación problemática que se genera en el derecho (sea por vacío, ausencia, ininteligibilidad, entre otros).

En suma, el uso de la comparación en la argumentación jurídica es una herramienta poderosa porque permite establecer las analogías o divergencias sobre un determinado asunto, normalmente cuando se trata de interpretación de normas, principios u otros, o, solución de casos concretos. Se parte de la idea que los jueces constitucionales o cualquier tribunal posee herramientas internas –que parte del derecho doméstico– para solucionar casos o encontrar un mejor interpretación, sin embargo, muchas veces los mismos son insuficientes o no logran dar respuesta satisfactoria a un determinado caso, en ese supuesto, se requiere de más fuentes para plantear una respuesta que sea objetiva y racional de tal modo que se encuentre una solución adecuada que demanda la situación concreta.

1.4.4. Las ventajas y los peligros del uso de la argumentación en derecho comparado

El uso del derecho comparado en la argumentación jurídica tiene sus ventajas notables que se notan cuando los argumentos son más afinados o elaborados, ya que cuentan con respaldo adicional al marco normativo, teórico y jurisprudencial del contexto local. Se advierte la presencia de razones extras en el razonamiento jurídico, siendo la finalidad lograr una adecuada solución del caso o interpretación de una norma. Quizás también se puede sostener que es una ventaja la reducción del margen de error en que pueden incurrir los jueces u operadores jurídicos. Y es que la información extra sirve para que la argumentación basada en derecho comparado sea útil al operador jurídico por los resultados que obtendrá, es decir, solucionar un problema o interpretar una norma de forma adecuada.

Existen peligro en el uso del derecho comparado al momento de argumentar, debido a que no existen reglas claras sobre cómo debe efectuarse tal tipo de argumentación. Aquí es pertinente considerar que no todos los casos requieren del uso de la argumentación jurídica basada en derecho comparado, ya que la inmensa mayoría de casos son resueltos solamente tomando en cuenta las reglas y la jurisprudencia de una país, por ende, la utilización del mismo es subsidiario y se emplea como última medida. Bajo este tipo de argumentación se presentan algunos inconvenientes que consisten en: (i) uso desmedido de este tipo de argumento, (ii) considerar dicho argumento como uno de autoridad, (iii) establecer que con tal argumento se solucionarán la mayor cantidad de casos, etc. Esto no es así porque tal argumento sirve solamente en casos específicos.

1.4.5. Las dimensiones de la argumentación basada en derecho comparado

Sobre este punto corresponde señalar que la “observación del derecho comparado, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se concibe como la introducción de elementos no positivos dentro de la argumentación jurídica que operan como criterios orientadores e interpretativos a la hora de resolver los problemas jurídicos constitucionales” (Santana, 2010, p. 430), a la vez, el derecho comparado opera como una forma de extender los alcances de las disposiciones nacionales porque se proyecta hacia el exterior, es decir, es una dinámica de

confluencia entre el derecho proveniente del exterior y el derecho interno, ello en aras de comprender y solucionar un caso.

La interrogante que habría que formularse es ¿con qué finalidad se realiza la comparación? Empezando por los alcances se podría indicar que es para hacer dialogar dos sistemas jurídicos, ello con el propósito de “extraer las analogías y las diferencias, realizar clasificaciones o construir modelos dotados de prescriptividad” (Santana, 2010, p. 431). Además, es importante destacar que utilizar el derecho comparado tiene una finalidad práctica porque permite a los operadores jurídicos prestarse soluciones que se han encontrado en otras latitudes a problemas similares, sin embargo, el resto mayor de la comparación es que tal préstamo sirva como una solución válida y aplicable para el caso concreto.

En tal sentido, la observación o seguimiento del derecho comparado por el Tribunal Constitucional, y cualquier tribunal de un país, denota la capacidad de diálogo e interacción con el derecho ajeno con diversos propósitos: (i) interpretar mejor una institución o norma jurídica; (ii) comprender mejor los alcances de una institución; (iii) brindar una solución adecuada y coherente a la problemática que se plantea; y, (iv) solucionar casos utilizando recursos o insumos jurídicos del derecho comparado, entre otros. Con esto queda claro que los tribunales domésticos de diversos países utilizan o acuden al derecho comparado para solucionar un problema o entender mejor los alcances de una institución.

En suma, el empleo de la argumentación jurídica con apoyo del derecho comparado es una herramienta que sirve para esclarecer y facilitar la solución o comprensión de casos para los operadores jurídicos, en especial, los jueces. En esta investigación nos enfocamos en dos dimensiones bien definidas y delimitadas que son: (i) la dimensión teórica: uso de doctrina o autores para aclarar o solucionar un determinado problema, y, (ii) la dimensión jurisprudencial: utilización de la jurisprudencia comparada (de otras cortes) para solucionar determinada problemática, en ambos casos, siempre que involucren a los derechos fundamentales, ya que existen más dimensiones o situaciones en las que el Tribunal Constitucional y, en general, el Poder Judicial o cualquier órgano con capacidad resolutoria emplea para solucionar una problemática, por eso, solamente nos enfocamos en el aspecto teórico y jurisprudencial.

1.4.5.1. Dimensión teórica

Puntualmente debemos indicar que la argumentación desde la perspectiva teórica o la doctrina, se manifiesta cuando el Tribunal Constitucional emplea recursos ajenos a la misma norma, específicamente, emplea la doctrina para interpretar y comprender mejor los alcances de una norma o disposición (o simplemente para resolver un caso). En tal orden, se entiende que la argumentación jurídica basada en el derecho comparado empleando la doctrina involucra: (i) uso de autores o textos del extranjero en el marco de la solución de un caso (esto puede ser vinculante o no-vinculante, situación que se analizará más adelante en la investigación) y (ii) empleo de la doctrina para aclarar una institución o categoría jurídica. Es posible que existe más dimensiones desde la que se debe analizar, sin embargo, nos limitamos solamente a estos.

No hay que olvidar que los sistemas jurídicos contemporáneos están dotados de gran cantidad de información proveniente del derecho extranjero, en especial, aquellas que son difundidas por los diversos autores, por eso, ya no resulta novedoso o llamativo que los tribunales usen más doctrina comparada para interpretar o solucionar un caso concreto. Ello no implica prescindir de la aplicación de las normas, sino que es una forma de reforzamiento o ensanchamiento del modo en que una norma podría comprender mejor (sus alcances y finalidades). En muchas ocasiones el uso de dicho tipo de argumento es vinculante o decisivo para solucionar un problema, en otros casos, no resulta vinculante o decisivo.

1.4.5.2. Dimensión jurisprudencial

El argumento de derecho comparado que se basa en la jurisprudencia supone que el Tribunal Constitucional o cualquier otra entidad con capacidad resolutoria de conflictos, tiene como eje central la práctica jurisprudencial de otros países. Esto se plasma en que las diversas cortes del mundo fueron innovando o creando nuevas figuras o categorías para solucionar mejor un determinado caso, en muchas

ocasiones se obtuvieron resultados positivos y fueron objeto de réplica en otras dimensiones. Tal situación se produjo con la figura del Estado de Cosas Inconstitucional que es una creación de la Corte Constitucional de Colombia, pero que está dentro de la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional, esta misma situación se habría producido con la declaración de nulidad de las sentencias del Tribunal Constitucional o la figura de la autonomía procesal de la Constitución. O también se presentan casos de uso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y protector de los derechos fundamentales, utiliza diversos recursos argumentativos o hermenéuticos para solucionar problemas vinculados con los derechos fundamentales. En los últimos años ha venido utilizando la jurisprudencia de la experiencia comparada para interpretar y brindar una solución clara frente a determinados problemas que se producen en la realidad. También tenemos que advertir que en la actualidad existen diversos modelos jurisprudenciales que circulan a nivel de la experiencia comparada, es decir, se han incorporado categorías, instituciones e interpretaciones novedosas en la práctica jurisprudencial comparada, por eso, los tribunales nacionales o locales implementan dichas prácticas a una determinada realidad.

1.4.6. El valor o peso del argumento de derecho comparado en la solución de casos concretos

Un asunto que debe precisarse en todo es sobre la vinculación o el peso argumentativo que posee el derecho comparado en la solución de un caso concreto, ya que en cada decisión emitida por el máximo intérprete de la Constitución, se advierte que una determinada decisión tiene un peso o fuerza, es decir, reciba una valoración específica, el mismo que puede ser entendida del siguiente modo:

- (i) Valor o peso fuerte: la doctrina o la jurisprudencia del derecho comparado son decisivos para solucionar la problemática, inclusive, el Tribunal Constitucional invoca en sus fundamentos las razones por las que se usa la teoría o la jurisprudencia.

- (ii) Valor o peso intermedio: la doctrina o jurisprudencia es valorada de forma intermedia, ello consiste en que la invocación que efectúa sirve para comprender mejor los alcances de una institución o hacer plausible una zona oscura de la Constitución, pero que no juega un rol determinante en la solución que adopta el intérprete de la Constitución, y
- (iii) Valor o peso débil: la jurisprudencia o teoría es utilizada únicamente como un aspecto referencial en la decisión, esto es, no vincula ni es una regla decisiva en la adopción de una sentencia. Es una razón referencial que sirve para explicar o dilucidar los alcances de una institución o categoría jurídica, pero no tiene efectos vinculantes sobre el sentido de la decisión.

Estas son algunas de las dimensiones que se pueden establecer para explicar mejor la vinculación o la fuerza que tienen las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional. Como se podrá apreciar, el argumento basado en derecho comparado –sea desde la perspectiva teórica o jurisprudencial– tiene un papel determinado, según la importancia y valor que se le asigne a cada uno de los mismos. En tal sentido, establecer acerca del nivel vinculatoriedad (o la fuerza de dicho tipo de razonamiento) es importante porque permite ver el lugar que posee una determinada decisión en el esquema de argumentación esgrimida por el máximo intérprete de la Constitución.

Como una cuestión adicional que corresponde precisar es que el análisis comparativo entre dos o más sistemas normativos o de creación de jurisprudencia, se realiza considerando un marco de distinción porque según Taruffo (2006) la contrastación de sistemas normativos es complejo, en razón a que existen diferencias importantes en cada tradición jurídica, por eso, se suele considerar que la historia local, las tradiciones, valores morales y la historia política de cada país varía y si se quiere comparar habrá que tomar en cuenta ello, en ese sentido, volviendo a Taruffo se debe indicar que las diferencias relevantes existentes en una determinada realidad se ve influenciada por la concepción que se tiene acerca de la noción de cada categoría jurídica que será objeto de comparación, además, habrá de considerar acerca del funcionamiento concreto de una institución o categoría jurídica, solo en esas condiciones comparar se convertirá en una tarea valiosa. Entonces, queda claro que la tarea de la comparación es intrincada, por ese motivo, el valor o peso que posea cada argumento que tenga como respaldo el

derecho comparado –sea la doctrina o la jurisprudencia– dependerá de la voluntad del operador jurídico¹⁷.

1.5. ANÁLISIS Y PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Este acápite de la investigación se organiza sobre los objetivos de la investigación –en especial, los objetivos específicos–, ya que el contenido y la organización de las categorías vinculadas a la problemática que se abordan están correlacionadas con cada uno de los objetivos de la investigación. Teniendo en cuenta que los resultados y la discusión de la investigación giran sobre los objetivos, en especial, los objetivos específicos, ahora, corresponde presentar y ofrecer la información de forma secuencial –siguiendo el orden de los objetivos específicos– para que la intención de la investigación sea comprendida y que exista orden en el desarrollo de la misma. Partiendo de lo indicado, no está demás recalcar que el eje sobre la cual gira la investigación es la comparación jurídica, esto es, el empleo de la argumentación jurídica basada en el derecho comparado por el Tribunal Constitucional cuando se trata de solucionar problemas vinculados con los derechos fundamentales, en especial, las dimensiones a las que se avoca es la jurisprudencial y teórico (doctrina), ello debido a que en los últimos años con la internacionalización del derecho, la globalización jurídica, la circulación constante de modelos jurídicos a nivel internacional, entre otros, se ha plasmado con mayor nitidez en estos dos escenarios, ergo no es óbice para considerar otros aspectos.

En este punto cabe resaltar que el proceso de categorización se llevó a cabo considerando los objetivos de investigación, la revisión teórica y los antecedentes relativos a la investigación. En tal sentido, se procedió a ordenar y sistematizar la información, en buena medida se ha seguido lo propuesto por Ruiz (2012), quien sostiene que se debe codificar la información inductivamente para identificar los temas o dimensiones más relevantes, luego se debe acudir a la teoría para aplicar sus elementos centrales, dimensiones y otros. Más adelante Strauss (1987) sostiene que la codificación debe permitir sistematizar, manejar y analizar la información sobre la base de códigos teóricos, en tal sentido, sugiere que se deben

¹⁷ En este punto se debe ser consciente que existen diversos criterios para realizar la comparación, sin embargo, con relación al peso o el valor que se le asigna al mismo depende mucho del operador jurídico, en este caso en juez constitucional, ya que es este quien usa el argumento de derecho comparado para solucionar, interpretar o comprender mejor una realidad problemática que usualmente atañe y linda con los derechos fundamentales.

seguir los siguientes pasos: (i) preguntar a los datos acerca de cuestiones relevantes, (ii) escrutar los datos varias veces para encontrar las claves de interpretación, (iii) interrumpir la codificación para cerciorarse que los datos obtenidos sean coherentes, entre otros. Todo este proceso se llama codificación abierta y funciona con el marco teórico así como la información recogida en los instrumentos de investigación. Más allá de ello se debe mencionar que las categorías normalmente subyacen cuando se analiza el marco teórico y los antecedentes, por ende, en esta investigación se tuvieron en cuenta ello.

Tomando en cuenta lo anterior, la categorización se realizó sobre tópicos vinculados con el derecho comparado, en este caso, concretamente se limitó a los siguientes aspectos: (i) los componentes del argumento basado en el derecho comparado, (ii) la dimensión jurisprudencial del argumento basado en el derecho comparado, (iii) la dimensión teórica o doctrinaria sobre el uso del argumento basado en el derecho comparado y (iv) la fuerza o grado de vinculación del argumento de derecho comparado. Los datos o la información que se recogió de la realidad problemática fueron ordenados y procesados según las categorías que se acaba de mencionar –esto sucedió con las sentencias del Tribunal Constitucional que son analizadas en esta investigación–.

1.5.1. Los componentes y alcances del argumento de derecho comparado: descripción y precisión

La comparación es un método utilizado con mayor frecuencia por cortes o tribunales del mundo, tal es así que se ha irradiado y mantiene alcances notorios en los sistemas jurídicos contemporáneos, ya que en la actualidad (con el ascenso de la globalización), resulta casi imposible sostener que los sistemas jurídicos no dialoguen o mantengan cierto contacto. Los fenómenos que se producen a nivel mundial tienen repercusiones locales, debido a que cada acto o situación que produce en un determinado espacio o contexto posee impacto internacional, por ello, se sostiene que existe circulación e imbricación contante entre la dimensión local e internacional y viceversa. En tal escenario, se llega a considerar, según Mancera (2008), que la comparación busca cotejar e identificar las semejanzas y diferencias entre dos sujetos diferentes para así llegar a una conclusión, ergo no es la única función, ya que también se considera los procesos de diversa índole que

afectan al derecho como son las cuestiones culturales, la interpretación del derecho, las barreras lingüísticas, entre otros.

Existen diversas formas de comparar, concretamente, en el marco constitucional se tiene varios enfoques como son: (i) la comparación genérica o genealógica: se avoca a la comparación de textos, estructuras o doctrinas constitucionales, (ii) la comparación deliberativa: hace circular argumentos constitucionales, (iii) la comparación empírica: se basa en prácticas o efectos constitucionales, y, (iv) la comparación reflexiva y del cosmopolitismo moral: se relaciona con los valores constitucionales (Dixon, 2019, p. 7). Estos son los campos o dimensiones en los cuales se desenvuelve la comparación en sede constitucional, sin embargo, con mayor precisión podríamos –solamente para efectos de la presente investigación– se debe mencionar que las formas de comparación más usuales y comunes consisten en: (i) el uso de la comparación para interpretar o comprender las características y particularidades de una institución, categoría, derecho u otros, y, (ii) la utilización de la comparación como método de solución de problemas en diversos planos, esto es, acudir al ámbito comparado para encontrar una respuesta a la problemática que subyace de la realidad (normalmente, los recursos normativos y jurisprudenciales son insuficientes).

En este punto para efectos de la investigación clasificaremos sobre los métodos de comparación utilizadas por el Tribunal Constitucional: (i) el método de la comparación empleada por el Tribunal Constitucional que se basa en la doctrina o teoría jurídica y (ii) el método de la comparación empleada por el Tribunal Constitucional que se basa en la práctica jurisprudencial de otras cortes. Sobre estos dos puntos se desenvuelve la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional para comprender mejor los alcances de los derechos fundamentales.

1.5.2. El argumento de derecho comparado en el seno del Tribunal Constitucional (I): la práctica jurisprudencial de otras cortes o tribunales como razones para justificar las decisiones constitucionales en asuntos vinculados con los derechos fundamentales

En este punto queremos empezar precisando sobre los tribunales o cortes que son los más citados o habituales según la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional, esto es, explicitar los países y, concretamente, la práctica jurisprudencial de las cortes o tribunales que son más empleados por el Tribunal Constitucional, ello para estar seguros que dicho órgano utiliza argumento de derecho comparado para brindar solución a una controversia que involucra derechos fundamentales. Con relación a la metodología que se empleó para identificar la información relacionada con el uso del argumento de derecho comparado, se tiene lo siguiente: (i) se han identificado las cortes o tribunales que tienen mayor impacto o que generan interés en la actualidad, ello considerando que sus decisiones tienen repercusión más allá del contexto local, (ii) siguiendo el criterio de que el Tribunal Constitucional suele invocar en sus decisiones las cortes que se mencionan, (iii) identificando por la tradición jurídica que se comparte, en este caso, es el romano germánico y la práctica o utilización de jurisprudencia se limita a dicha realidad y otros.



La figura que se presenta establece las cortes o tribunales que vienen influenciando con sus decisiones en el Tribunal Constitucional peruano, concretamente, se puede poner en evidencia el uso de argumentación comparada basada en la práctica jurisprudencial de diversas cortes del mundo. Lo que se resalta es que se produce un escenario de diálogo de cortes extranjeras con el Tribunal Constitucional, en especial, cuando se trata de interpretar o comprender mejor los alcances de una institución y norma del sistema jurídico. Y el diálogo se presenta cuando el máximo intérprete de la Constitución acude a la experiencia comparada –concretamente la jurisprudencia emitidas por otros tribunales– para diseñar una solución frente a la problemática que se analiza y que involucre derechos fundamentales. En suma, se puede indicar que dos escenarios: (i) el

Tribunal Constitucional dialoga con otras cortes –a nivel jurisprudencial– para resolver o interpretar mejor una institución o categoría del derecho y (ii) la forma de diálogo se produce de forma indistinta, es decir, se usan criterios desarrollados por diversos tribunales a nivel mundial –solamente guiándose por la pertinencia e idoneidad–.

En la figura nítidamente se puede constatar que el Tribunal Constitucional acude a la práctica jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y Tribunal Constitucional de España con mayor asiduidad, luego le siguen el Tribunal Federal Alemán, Tribunal Constitucional de Chile, entre otros. Aquí se pone de manifiesto que el uso de la argumentación jurídica a nivel de la experiencia se produce de manera indistinta, ya que cualquier tribunal puede ser invocado siempre que su práctica jurisprudencia sea relevante. En este caso, los tribunales que se citan con mayor relevancia, se puede deber a dos posibles situaciones: (i) el compartimiento de misma tradición constitucional que permite préstamos o interpretaciones similares, (ii) el prestigio de dichas cortes al momento de interpretar una norma o crear una institución, (iii) los avances en materia de interpretación de ciertos aspectos en materia constitucional (i.e. derechos fundamentales), entre otros. Hasta ahora solamente se ha puesto de manifiesto el empleo de la práctica jurisprudencial de otras cortes en la solución de casos o interpretación de normas, ello con bastante amplitud porque no se restringe a una sola dimensión –como los derechos constitucionales, entre otros–.

En este punto debemos ser claros que se ha efectuado solo un análisis general y global, lo que quiere decir que no se realizaron distinciones entre el tipo de procesos constitucionales en los que se utilizaron el argumento de derecho comparado basada en la práctica jurisprudencial de otras cortes o tribunales. Aquí solamente se hizo recopilación del número de veces que fue citado una corte o tribunal en las sentencias del Tribunal Constitucional, por ende, no se realizó el trabajo de clasificación de la información relativa a si el empleo de dicho tipo de argumento obedeció a determinado proceso constitucional, en especial, aquellos vinculados con la protección de derechos fundamentales. Entonces, la información que aquí se presenta es de carácter general y preliminar, ya que requeriría otro tipo de estudio evaluar cada sentencia vinculándolos con la corte o tribunal que citan.

Se han seleccionado aleatoriamente las decisiones que tienen mayor relevancia o importancia, además, que sean las más pertinentes con la finalidad y los objetivos de la presente investigación. En tal sentido, presentamos la siguiente selección de decisiones:

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
2579-2003-HD/TC (Salazar Yarlenque)	En la sentencia se hace mención y desarrollo al Estado de Cosas Inconstitucional, la misma que es importada de Colombia.	Corte Constitucional de Colombia: fijar las reglas procesales que mejor protejan los principios y derechos constitucionales, considera constitucionalmente exigible que se adopte la técnica del “estado de cosas inconstitucionales”. Ello para que no vuelva a repetirse la situación que vulnera derechos fundamentales.	Derecho a la información (acceso).

En este caso, el Tribunal Constitucional acude a la jurisprudencia comparada para solucionar la problemática que se produce entorno a la vulneración masiva de derechos fundamentales. Esta situación fue abordada por la Corte Constitucional de Colombia a través de la figura del Estado de Cosas Inconstitucional, la misma consiste en que se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Entonces, se trata, en suma, de extender los alcances inter partes de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas (Expediente N.º 2579-2003-HD/TC).

El empleo de la práctica jurisprudencial de la experiencia comparada permite al Tribunal Constitucional establecer con mayor precisión sobre la

vulneración de derechos fundamentales, en especial, cuando se trata de agresiones sistemáticas (o estructurales). El remedio para dicha situación no era posible encontrar solamente aplicando las normas o la jurisprudencia local, sino que requería de apoyo de otras cortes. Utilizar la citada categoría procesal ha servido para comprender mejor la situación problemática (vulneración masiva de derechos) y el remedio que se debía de adoptar frente a la misma. Esta situación se depende del análisis del contenido del fallo que aparece en el recuadro.

Finalmente, el nivel de incidencia que tiene el empleo de esta figura con relación al caso concreto no es esencial, se podría decir que es media porque solamente sirve como una pauta o medida que debe ser implementada para solucionar casos de vulneración estructural de derechos fundamentales. Más bien se han ido presentando otros escenarios o adquirió notoriedad cuando se aplicó a otros casos, ya que ahí si el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de precisar que se soluciona el caso empleando la categoría del Estado de Cosas Inconstitucional, inclusive, se menciona que sin el uso de la misma no es posible solucionar la controversia de forma satisfactoria.

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
4119-2005-PA/TC (Roberto Renato)	En la sentencia se hace mención y desarrollo con relación a la figura de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional.	Tribunal Constitucional Alemán: es la primera corte en utilizar esta figura procesal a nivel de la jurisprudencia.	Se pretende la protección del principio de irretroactividad de la cosa juzgada

El Tribunal Constitucional ha precisado que “toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución”, por esa razón, el supremo intérprete de la Constitución es titular de una autonomía procesal para desarrollar y complementar la regulación procesal constitucional a través de la jurisprudencia, en el marco de los principios

generales del Derecho Constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales. El nivel de influencia que imprime dicha categoría es fuerte porque utilizando la misma se precisan reglas de ejecución de sentencias.

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
10367-2005-PA/TC (Julio Tadeo)	En la sentencia se hace mención a la sentencia del Tribunal Constitucional de España, solamente se usa para precisar los alcances acerca del vínculo que se crea en una sociedad.	Tribunal Constitucional Español: se pronuncia sobre los vínculos que crea o existe en una sociedad (entre sus socios), en especial, la precisada en la Sentencia 218/88.	Derecho a la asociación (fines lícitos y otros).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional ha utilizado la decisión emitida por el Tribunal Constitucional Español, la finalidad para que fue usada es para comprender mejor los alcances sobre los vínculos entre los socios así como la participación de los mismos en la sociedad, sin embargo, solamente fue invocado para ilustrar el tema, mas no tuvo efectos vinculantes o fuese un medio para solucionar la controversia.

En los casos que hemos podido examinar, el Tribunal Constitucional al momento de utilizar recursos del derecho comparado, sea para conocer acerca de las similitudes, diferencias, interpretaciones, entre otros, no se ha considerado el contexto con precisión, ya que la justificación solamente se remite a que los mismos hechos se estarían presentando y que acudir a la jurisprudencia del derecho comparado ilustra o posee suficientes recursos para comprender mejor la realidad problemática, sin embargo, Torres (2011) lleva razón cuando indica que al momento de efectuar uso del derecho comparado se debe contextualizar para que su recreación resulte óptima en el derecho doméstico, es más, muchas veces se presentan problemas porque las instituciones que se pretender importar o analizar solo podrán plantearse en estados que compartan los principios básicos del

constitucionalismo moderno (principio liberal, democrático, supremacía de la Constitución), no únicamente en la literalidad de la norma, sino también en la realidad¹⁸. Este aspecto es el que falta solucionar o esclarecer cuando los jueces constitucionales acuden al uso del derecho comparado, sin embargo, teniendo en cuenta la carga y la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional, quizás resulte complicado o demande mucho tiempo, si ello es así, se puede crear una comisión al interior de dicha institución que solamente analice el contexto y escenario de la institución que se pretender importar –y con ello la comprensión así como la interpretación que sobre la misma se le ha adjudicado–.

1.5.3. El argumento de derecho comparado en el seno del Tribunal Constitucional (II): la doctrina o teoría jurídica comparada como razonamiento para justificar sus decisiones relativas a los derechos fundamentales



En esta figura se puede apreciar el nivel de uso por el Tribunal Constitucional del argumento derecho comparado que se basa en la doctrina extranjera. Es notorio la aparición de autores como Néstor Pedro Sagués y Robert Alexy, los mismos que son de distintos países, pero que comparten la misma tradición jurídica: el romano

¹⁸ En efecto, para que la comparación sea óptima o por lo menos se produzca de forma racional, sea al momento de interpretar, comprender o importar nuevas figuras así como categorías jurídicas, necesariamente, se debe recrear y contextualizar para que en el ámbito de la nueva realidad funcionen, por eso, nuevamente siguiendo a Torres (2011) se deben plantear las siguientes interrogantes ¿el contexto donde quiero implementar la nueva institución cumple con los principios del constitucionalismo moderno? Si es así, ¿en qué grado? ¿Existe un sólido tejido institucional que le permita tener vigencia material al nuevo sistema, institución o proceso?

germánico-continental. Luego le siguen autores como Carlos Bernal, Ronald Dworkin, Gregorio Peces Barba, entre otros, estos son los teóricos del derecho constitucional y filosofía del derecho más citados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ende, aquí se aprecia que existe el uso del argumento de derecho comparado que se basa en la doctrina. Los autores citados, en algunos casos, comparten la misma tradición jurídica, y otros son de otra visión jurídica.

El catálogo de nombres que aparece, de alguna forma, denota que el Tribunal Constitucional viene dialogando con la doctrina o teoría jurídica, ya que se pone en evidencia que los argumentos esgrimidos y elaborados por los jueces constitucionales tienen como apoyo a la doctrina comparada. El elenco de autores citados tienen diverso origen, sin embargo, efectuar la precisión sobre la influencia que cada uno tiene en las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional es una tarea que requiere análisis profundo o pormenorizado, situación que no se puede efectuar porque se carece de información sobre la misma, además, requeriría de un estudio más amplio. Entonces, se debe dejar sentado que los autores mencionados tienen perfiles distintos, es decir, no guardan homogeneidad, situación que puede deber al problema o controversia que es materia de solución –llevando a emplearse diversos autores de distintas raíces o tradiciones teóricas–.

La información que se ofrece aquí solamente están vinculados a la teoría o autores que se citan en las sentencias del Tribunal Constitucional, pero se procesa en forma indistinta, es decir, no se ha seleccionado si se han utilizado los mismos en el marco de solución de una controversia que involucre derechos fundamentales, solamente se ha tenido en cuenta la cantidad de sentencias –sea un proceso de amparo, competencial, inconstitucionalidad, entre otros– donde se cite a un autor, más no se ha logrado seleccionar teniendo en cuenta el tipo de controversia o problema que soluciona con la misma. En tal sentido, la revisión de la doctrina o teoría es superficial, a pesar de ello también se profundiza en algunas decisiones relevantes donde se analiza dicha situación –uso de doctrina comparada– para conocer sobre las implicancias o el impacto que tiene la misma.

El criterio de selección de los autores siguió este procedimiento: (i) autores que son bastante conocidos en el medio porque son de lectura obligatoria o abordan temas cruciales como son los derechos fundamentales, Constitución, entre

otros, (ii) estos autores están incorporados en el sílabo de estudio o son asignados como materiales de estudio en diversas universidades, (iii) los tribunales también los emplean en sus investigaciones para acercarse a las teorías o propuestas que desarrollan los autores, (iv) son invitados o citados con bastante frecuencia en eventos o textos. Estos son los criterios que sirven para seleccionar a los autores que aquí se presentan, en este caso, para acceder a la información y generar fiabilidad se tuvo que utilizar el buscador avanzado implementado por el Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe).

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
1417-2005-AA/TC (Manuel Anicama Hernández)	En la sentencia se hace uso de la doctrina o teoría jurídica comparada con el propósito de aclarar sobre los alcances, concepto, contenido esencial y límites de los derechos fundamentales.	<p>Peces-Barba, Gregorio: con la finalidad de precisar sobre la noción de los derechos fundamentales.</p> <p>Pérez Luño, Antonio: definición de derechos fundamentales.</p> <p>Manuel Medina Guerrero: para precisar sobre el contenido esencial de los derechos.</p> <p>Häberle, Peter: acerca de la limitación de los derechos fundamentales.</p> <p>Robert Alexy y Carlos Bernal: sobre la estructura de los derechos fundamentales.</p>	Concretamente no se postuló la protección de un derecho fundamental, sino que las aportaciones efectuadas de las pensiones no pierdan validez. Luego el Tribunal Constitucional estableció el contenido esencial del derecho a acceder a la pensión.

En esta sentencia claramente se puede advertir que el uso de la doctrina o teoría jurídica tiene como finalidad explicar mejor algunas cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales: (i) sobre el concepto de derechos fundamentales, (ii) sobre los límites a los derechos fundamentales, (iii) acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales, y, (iv) la estructura de los derechos fundamentales. Como autores citados aparecen Peces-Barba, Gregorio; Pérez Luño, Antonio; Manuel Medina Guerrero; Häberle, Peter; Robert Alexy y Carlos Bernal, quienes son de diversa procedencia (Alemania, España y Colombia).

Queda claro que la intención de los jueces constitucionales, al momento de emitir esta sentencia, fue precisar y delimitar el contenido de los derechos fundamentales para que exista protección adecuada de los mismos (evitar que cualquier asunto llegue a sede constitucional).

Se debe mencionar que la teoría citada sirve para explicar y precisar sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, el mismo que fue usado para delimitar con relación al derecho a la pensión. En virtud de la teoría presentada el contenido del referido derecho consiste en: (i) forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, serán objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social, (ii) forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia, (iii) el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital. Estas son las dimensiones de protección del derecho a la pensión, la precisión fue posible citando la doctrina comparada para enfocar y comprender mejor sobre la noción de “contenido esencial de los derechos fundamentales”.

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
02744-2015-AA	En la sentencia se hace uso de la doctrina o teoría jurídica comparada con el propósito de aclarar sobre la interpretación constitucional	Ronald Dworkin: se menciona la metáfora de la novela en cadena.	El derecho al libre tránsito y familia.

En este caso se puede advertir que el Tribunal Constitucional utiliza el argumento de derecho comparado con la finalidad de optimizar la interpretación constitucional, ya que según los jueces constitucionales la jurisprudencia debe evolucionar con el tiempo y se debe fortalecer progresivamente, si ello no sucede, entonces, se presentan problemas vinculados con la comprensión e interpretación de ciertos derechos. Es probable que por falta de comprensión o ausencia de recursos argumentativos e interpretativos de los operadores jurídico limite su actividad, es decir, no llegue a explicar o proteger el derecho o los derechos involucrados dentro de un caso, esto es, cuando están pendientes de resolverse.

Expediente	Uso de argumento de derecho comparado	La Corte o Tribunal invocada	¿Cuál es el derecho que protege?
00015-2010-PI/TC (Ley de Radio y Televisión)	En la sentencia se hace uso de la doctrina o teoría jurídica comparada con el propósito de aclarar sobre libertad de expresión y democracia.	<p>Pedro de Vega: la importancia de la información en un mundo globalizado.</p> <p>Gustavo Zagrebelsky: desarrolla acerca de la libertad de expresión, el pluralismo y las libertades en general.</p> <p>Erns Bökenforde: acerca del carácter constitutivo del derecho a la libertad de expresión en una democracia.</p>	Un grupo de ciudadanos representados por Daniel Linares interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28278 (Ley de Radio y Televisión), debido a que dicha ley limita o prohíbe que una persona sea natural o jurídica pueda ser titular de más de 30% de las frecuencias disponibles, lo que vulnera el derecho al libre desarrollo económico y la libertad de empresa.

En esta sentencia del Tribunal Constitucional, a pesar que se trata de una de inconstitucionalidad, se precisa que las libertades en todo sentido son esenciales a un estado democrático de derechos, inclusive, coloca citas de diversos autores así como informes de organismos internacionales para sostener tal posición. A pesar de ello, en otro lado, se puede constatar que la demanda interpuesta por los ciudadanos es declara infundada debido a que no existe afectación a los derechos alegados, a su vez, mencionan los magistrados que no supera el test de proporcionalidad porque no hubo transgresión a ningún derecho.

Si bien las razones por las que se sostiene para arribar a la decisión son distintas, a pesar de ello, se puede apreciar del contenido de la sentencia que las referencias a la doctrina son importantes porque permite al operador jurídico –en este caso el juez constitucional– realizar alcances y precisiones sobre la democracia, la libertad de expresión y la tolerancia. La remisión a la doctrina o teoría no fueron vinculantes al momento de adoptar la decisión, ya que solamente se puso para fines ilustrativos, es decir, como un elemento que esclarece sobre los alcances de una determinada categoría o institución como es el caso de la libertad de expresión o la democracia. Ya que al momento de adoptar la decisión final se utilizó el test de igualdad para evaluar sobre la solidez de los cuestionamientos que hicieron los demandantes hacia la norma.

En todos estos casos los patrones o conductas que se pueden advertir son: (i) el Tribunal Constitucional emplea el método del derecho comparado para comprender mejor los alcances de una institución, en este caso, sucedió con el Estado de cosas inconstitucional, autonomía procesal, entre otros, (ii) el Tribunal cuando emplea este tipo de argumento, normalmente, exhibe dos dimensiones: a) la jurisprudencia comparada sirve para resolver el problema, y, b) la jurisprudencia comparada solo es utilizada para comprender mejor los alcances de una sentencia (no se usa de forma vinculante para resolver una controversia).

1.5.4. La fuerza del argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al momento de resolver una controversia vinculada con derechos fundamentales

Sobre este punto cabría empezar precisando que el argumento de derecho comparado es utilizado de diversas formas por el Tribunal Constitucional, según se

ha podido advertir líneas atrás, ahora, lo que corresponde es analizar la fuerza o el peso que tiene el argumento de derecho comparado empleado por el máximo intérprete de la Constitución en la solución de un caso concreto, en especial, cuando se trata de derechos fundamentales. De diversas formas se ha obtenido el resultado que el argumento basado en el derecho comparado tiene como pilares esenciales la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, no se ha fijado o discernido acerca del estatus jurídico del mismo, este hecho pasa por indicar dos aspectos: (i) determinar el estatus o la fuerza del argumento de derecho comparado, y, (ii) establecer el peso o el nivel de eficacia que tuvo al momento de solucionar caso concreto vinculado con los derechos fundamentales.

En líneas precedentes hemos ido presentando sobre el uso del argumento de derecho comparado, ya que en la mayoría de los casos analizados se ha podido establecer que este tipo de argumentación no tiene fuerza vinculante o decisiva en la solución de una controversia, porque solamente ha jugado un papel ilustrativo y de reforzamiento de las razones que el juez constitucional coloca en la decisión, sin embargo, no fueron vinculantes o decisivos para direccionar el sentido del fallo. Este hecho se puede advertir en la mayoría de los casos, ya que al final tanto la jurisprudencia así como la doctrina comparada son invocadas para conocer y trazar mejor los fundamentos de una decisión, pero que la misma no constituye la *ratio decidendi* del fallo. En tal sentido, se puede sostener que la influencia de este tipo de argumentación es relativa, ya que al final se impone el razonamiento de los jueces en el instante que solucionan una controversia.

En este punto se debe dejar en claro dos aspectos: (i) el peso del argumento basado en el derecho comparado radica en su nivel vinculación o aporte que presenta frente a un determinado caso, esto es, cuando el Tribunal Constitucional emplea este tipo de argumentación encuentra soluciones válidas para un determinado problema o para la interpretación así como comprensión de una categoría e institución del derecho doméstico y (ii) en las decisiones que fueron materia de análisis se ha podido establecer que el argumento de derecho comparado no es decisivo al momento de adoptar una sentencia, por ende, es solamente ilustrativo porque permite al juez constitucional conocer y comprender sobre determinada categoría e institución del derecho comparado. Sobre este último punto tenemos el caso de las sentencias Expediente N.º 2579-2003-HD/TC,

N.° 1417-2005-AA/TC, N.° 02744-2015-AA, otros que abordan cuestiones de pensiones y derecho al trabajo, donde se cita la doctrina extranjera para aclarar el panorama de aplicación, pero que no tiene vinculatoriedad en la solución del caso, ya que el operador jurídico es quien al final le da el contenido requerido y necesario.

Tomando en cuenta el nivel de vinculatoriedad se podría construir un esquema que exprese mejor sobre sus alcances. Para ello tenemos que recordar que hemos planteado un esquema de vinculación fuerte, media y débil, que tiene relativa utilidad:

- ✓ Vinculación fuerte: esto supone que el argumento de derecho comparado es utilizado por las cortes para interpretar, resolver o solucionar una norma o institución del derecho doméstico. En este caso la razón del derecho comparado es la que adquiere mayor peso o fuerza, según Tenorio (2016) supone que se integra y forma de la *ratio decidendi* de la sentencia.
- ✓ Vinculación media: existe uso del derecho comparado para solucionar o interpretar mejor una norma o comprender una institución, a la vez, los operadores jurídicos, en este caso jueces utilizan el derecho doméstico para resolver la controversia sin que se afecte o pierda fuerza la norma o criterio de interpretación local. En este campo podemos ubicar las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: N.° 2579-2003-HD/TC y N.° 1417-2005-AA/TC.
- ✓ Vinculación débil: en este caso el tribunal solamente aplica o usa el derecho comparado para citar e ilustrar mejor acerca de un caso, pero no sirve para vincular o modular el sentido del fallo. Se considera que opera como una razón de carácter persuasiva. En este caso se ubica las siguientes sentencias: N.° 4119-2005-PA/TC, N.° 10367-2005-PA/TC y N.° 02744-2015-AA.

En el siguiente cuadro que se presenta el análisis de la fuerza o el nivel de vinculación en las sentencias del uso del argumento basado en el derecho comparado.

Expedientes	Fuerza la decisión	Observaciones
2579-2003-HD/TC	Fue decisivo para solucionar porque se pudo advertir que empleó el derecho internacional como un marco de argumentación.	En la mayoría de los casos se pudo advertir que el nivel de vinculación o fuerza que posee en argumento de derecho comparado por los jueces es relativo y solamente ilustrativo, esto se debe a que los jueces constitucionales acuden o utilizan dicho tipo de argumento, pero que la misma no es decisiva para determinar el sentido del fallo. Más bien fueron usados para reforzar o mejorar la argumentación en el marco de problema.
4119-2005-PA/TC		
10367-2005-PA/TC	No fue decisivo solamente se mencionó sobre los alcances de los instrumentos, pero todo quedó allí.	
1417-2005-AA/TC		
02744-2015-AA		

En este punto, además, se debe mencionar que no se ha sistematizado toda la información relativa al uso del derecho comparado en las decisiones del Tribunal Constitucional –tanto la jurisprudencia y la doctrina–, sino que se ha seleccionado estratégicamente según la importancia y el impacto que tuvo la decisión, además, si la misma acudió a recursos argumentativos como el derecho comparado.

1.6. CONCLUSIONES

- El proceso de la globalización, el incremento de la actividad de las cortes constitucionales y la sobreposición del Estado Constitucional, como un modelo teórico, entre otros aspectos, han dado una nueva faceta a la dinámica jurídica; por ello, no resulta novedoso constatar que el derecho comparado viene adquiriendo mayor notoriedad en diversos contextos y ámbitos de la práctica jurídica. En este caso, se ha podido notar que los tribunales constitucionales, en sus argumentaciones, acuden al derecho comparado –específicamente a la jurisprudencia y doctrina– para encontrar soluciones adecuadas a un problema, ofrecer una mejor interpretación de una norma y comprender, desde otra óptica, una categoría jurídica. De esto también se puede desprender que el derecho comparado tiene un papel relevante para la práctica jurídica; en especial, si se trata del Tribunal Constitucional.

- El papel del argumento de derecho comparado no es vital para resolver el caso, pues únicamente sirve para ilustrar y explicar la situación y los alcances del derecho, pero no tiene repercusión en la forma de solucionar, porque no influye en el razonamiento de los jueces constitucionales. En tal sentido, se advierten dos escenarios: (i) la doctrina o teoría jurídica es utilizada como argumento de derecho comparado al momento de solucionar un caso, para resolver controversias relacionadas con derechos fundamentales; y, (ii) la jurisprudencia de otras cortes o tribunales es empleada como parte del ensayo de solución de un caso; sin embargo, el nivel de influencia que exhibe la misma no es robusto, porque se limita a trazar o fijar los alcances necesarios acerca de una institución. Más allá de ello, no ha sido un elemento conformante de la *ratio decidendi*; empero, el uso del argumento basado en el derecho comparado se realiza con cierta frecuencia¹⁹.

- El valor o la fuerza del argumento de derecho comparado basada en la teoría y la jurisprudencia es débil. Se pueden constatar al menos dos dimensiones claras al respecto: (i) el argumento de derecho comparado –tanto desde la perspectiva teórica como desde la jurisprudencial– sirve para comprender y entender mejor los alcances de una institución o categoría; por ende, allí la fuerza o el peso de dicho tipo de argumentación es débil, pues no ofrece una solución al caso en concreto; y, (ii) los jueces son independientes e imparciales en las decisiones que emiten, de modo que justifican sus decisiones atendiendo a razones de carácter normativo y fáctico. Todo esto conduce a sostener que la argumentación de derecho comparado es solamente un apoyo o referencia; sin embargo, permite al juez resolver mejor un determinado caso. De similar opinión son Legarre y Orrego (2010), quienes señalan que la solución basada en el derecho comparado [se usa] para apoyar una decisión racional —de manera subsidiaria, complementaria, confirmatoria e instructiva—, siempre que su aplicación dote de razones suficientes para la solución del caso o, en su

¹⁹ En este punto, cabe la posibilidad de ubicar resoluciones del Tribunal Constitucional donde se use el derecho comparado como parte de la decisión o que respalde una decisión de forma fuerte, sin embargo, en las sentencias y decisiones que hemos evaluado no fue posible ubicar dicha noción, ello debido a que si bien se utiliza categorías desarrolladas en la experiencia comparada o doctrina extranjera, sin embargo, los jueces siguen teniendo la autoridad y dominio para darle una determinada orientación al caso, ya que su uso no vincula a que los jueces constitucionales tengan que razonar en similitud con la propuesta desarrollada en la experiencia comparada –prima la autonomía en las decisiones–.

caso, tengan como pretensión robustecer el criterio de interpretación o comprensión de una institución, derecho, categoría u otros que se esgrime en el derecho doméstico.

1.7. RECOMENDACIONES

El uso del derecho comparado, cuando se trata de importar o recrear ciertas instituciones, categorías o prácticas de la experiencia ajena, es una herramienta casi siempre complicada de evaluar, por la naturaleza histórica, social y cultural de la que deriva, y delicada de acoger, si es que no somos conscientes de que es un insumo que únicamente nos permite reflexionar sobre nuestra normatividad y cultura legal –pero de ninguna forma es un argumento de autoridad–; por ello, el Tribunal Constitucional, para mejorar su labor jurisdiccional, debe considerar la posibilidad de implementar una comisión o equipo de trabajo que revise los avances en materia de interpretación y protección de derechos fundamentales que se vienen produciendo e implementando en el derecho comparado, donde consideren los matices de las construcciones ajenas a la del derecho nacional. Esto asegurará que la actividad de comparación o uso del argumento basado en el derecho comparado resulte manejable; además, el Último Interprete de la Constitución se pondrá al corriente de los criterios de interpretación, las instituciones y las estrategias –entre otros puntos– que se esgrimen en la experiencia comparada para garantizar la vigencia y tutela de los derechos fundamentales.

1.8. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. Miguel Carbonell (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- _____ (2010). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Atienza, M. (2008). *Ideas para una filosofía del derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- _____ (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- _____ (2016). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.

- Bandeira Galindo, G. (2016). "El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Luis López y Alejandro Saiz (Directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos* (pp. 231 - 254). Lima: Palestra Editores.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Bobek, M. (2013). *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford: Oxford University Press.
- Bonilla, D. (Comp.) (2015). *Geopolítica del conocimiento jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes.
- Campos Bernal, H. (2018). Presentación. Jean Saucier y Heber Joel (Editores). *Viajes y fronteras de la enseñanza del derecho comparado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - CICAJ.
- Canale, D. (2018). Usos y teorías del derecho comparado en la argumentación judicial. Carlos Bernal, Rodrigo Camarena y Alejandra Martínez (coordinadores). *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Clérico, L. (2017). Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica, en *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra Editores, pp. 127 - 152.
- Courtis, C. (2009). "El juego de los juristas: ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en *Ecos cercanos. Escritos sobre derechos humanos y justicia*. Bogotá; Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, pp. 17 - 90.
- Dixon, R. (2019). Cómo comparar constitucionalmente. *Latin American Law Review*. Número 3, pp. 1 - 28.
- Ezquiaga Ganuzas, F. (2011). *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones en el derecho peruano*. Lima: Editorial Grijley.
- _____ (2013). *La argumentación en la justicia constitucional*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.
- Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Flick, U. (2015). *El diseño de investigación cualitativa*. Madrid: Ediciones Morata S.L.
- Gascón, A. y García, A. (2016). *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra Editores.
- Lagarre, S. y Orrego, C. (2010). Los usos del derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 88, enero-abril. ISSN: 0211-5743.
- Landa Arroyo, C. (2019). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008 - 2018*. Lima: Palestra Editores.
- Lifante Vidal, I. (2010). "Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica", en *Interpretación jurídica y teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores, pp. 37 - 64.
- López Medina, D. (2008). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes.
- _____ (2008). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia.
- Mancera Cota, A. (2008). Consideraciones durante el proceso de comparativo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 121, enero - abril.
- Markesinis, B. (2004). *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford-Portland: Hart Publishing.
- Núñez Vaquero, A. (2014). "Ciencia jurídica: un mapa conceptual", en *Modelando la ciencia jurídica*. Lima: Palestra Editores, pp. 13 - 51.
- _____ (2017). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Lima: Palestra Editores.
- Oteiza, E. (2019). "Derecho procesal comparado. Perspectiva contextual desde América Latina", en *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes*. Lima: Palestra Editores, pp. 653 - 676.
- Pegoraro, L. (2005). Derecho Constitucional y método comparativo, en SERNA DE LA GARZA J.M. (Coord.), *Metodología del Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pegoraro L., Rinella A. (2006). *Introducción al Derecho Público Comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- Pozzolo, S. (2009). Un constitucionalismo ambiguo. Miguel Carbonell (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Ruiz Olabuénaga, J. (2012). *Metodología de la investigación cualitativa*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Santana, M. (2010). El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. *ReDCE*. Año 7. Núm. 14. julio-diciembre, pp. 427 - 447.
- Santibáñez, C. (2018). *Origen y función de la argumentación. Pasos hacia una explicación evolutiva y cognitiva*. Lima: Palestra Editores.
- Sastre, S. (2009). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. Miguel Carbonell (Editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Tenorio, P. (2016). El derecho comparado como argumento de las decisiones del tribunal constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 275-305. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.108.09>.
- Torres Estrada, P. (2011). La utilización del método comparado en los procesos de Reforma y de implementación de los Sistemas de Justicia Penal con especial referencia a México. *ARCHIVIO PENALE*, (2).