

LAS PUERTAS DEL CAMPO - AISLACIONISMO JURÍDICO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA PRESIDENCIA OBAMA

THE GATE-KEEPERS – LEGAL ISOLATIONISM AND CONSTITUTIONAL INTERPRETATION UNDER PRESIDENT OBAMA

Ignacio de la Rasilla del Moral

Universidad de Brunel (Londres)

ignacio.delarasillaydelmoral@graduateinstitute.ch

Recibido: marzo de 2014

Aceptado: mayo de 2014

Palabras clave: matrimonios entre personas del mismo sexo; interpretación constitucional; fuentes jurídicas internacionales; Tribunal Supremo; derecho constitucional comparado; Obama.

Keywords: same-sex marriage; constitutional interpretation; foreign legal sources: US Supreme Court; comparative constitutional law; Obama.

Resumen: La sentencia *United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al.* de 26 de junio del 2013 declara la inconstitucionalidad de la ley federal MOMA que hasta entonces limitaba el significado del término matrimonio a “una unión legal entre un hombre y una mujer” en los Estados Unidos de América. Destaca, sin embargo, por su ausencia cualquier referencia a la práctica jurídica comparada o al Derecho internacional en el razonamiento del Tribunal Supremo en una sentencia que se halla destinada a poseer un importante valor simbólico en el marco del Derecho constitucional comparado en el área de la legalización de matrimonios entre personas del mismo sexo. El presente artículo examina cómo la interpretación judicial de la Constitución estadounidense se debate entre los extremos del aislacionismo jurídico soberanista y la apertura al Derecho global del siglo XXI.

Abstract: *United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al. (26th June 2013)* declares the unconstitutionality of Section III of MOMA which is a federal law that used to limit the meaning of the term “marriage” to the “legal union between a man and a woman” in the United States of America. The absence of any reference to comparative legal practice or international law in the legal reasoning of the U.S. Supreme Court in a case which is bound to have a symbolic role in the future of comparative constitutional law in the area of same-sex marriages is striking. This article examines how the interpretation of the Constitution of the United States is currently strained between two extremes: a sovereignist-type of legal isolationism and the embracement of the global law of the 21st Century.

I. Introducción

El 26 de junio de 2013, el Tribunal Supremo estadounidense dictó la sentencia más controvertida y, probablemente, también, la de mayor calado histórico de las falladas durante la Administración Obama. La sentencia *United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al.* supone la abolición a nivel federal de la Sección Tercera de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA), aprobada por amplias mayorías en ambas cámaras del Congreso estadounidense y firmada como ley federal por el presidente Clinton en 1996. Antes de su reforma la sección III de DOMA establecía “a la hora de determinar el significado de cualquier acto del Congreso, de cualquier sentencia, reglamento o interpretación de las diversas oficinas y agencias de Estados Unidos, la palabra matrimonio significa solamente una unión legal entre un hombre y una mujer como marido y mujer y la palabra esposo hace únicamente referencia a una persona del sexo opuesto que es marido o mujer”. A pesar de que la “regulación de las relaciones domésticas” es un área competencial reservada a los Estados en la arquitectura federal estadounidense, la consagración a nivel federal de la definición de matrimonio como la unión de un hombre y una mujer implicaba que el ordenamiento jurídico federal estadounidense no podía reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo incluso si éstos fueran permitidos por algunas legislaciones estatales. La sentencia del Tribunal Supremo considera que la sección III de “DOMA es inconstitucional por constituir una vulneración de la libertad de la persona que se halla protegida por la Quinta Enmienda de la Constitución”; además, señala que “la ley federal es inválida ya que ningún propósito legí-

timo puede contemplarse como superior al propósito y efecto de denigrar y dañar a quienes el Estado, mediante sus leyes sobre matrimonio, buscaba proteger en su personalidad y dignidad”. La legalización del matrimonio entre parejas del mismo sexo fue uno de los caballos de batalla de la re-elección del Presidente Obama. Ello explica que la Casa Blanca diese instrucciones al Departamento de Justicia para que velase por su aplicación efectiva, pero se abstuviese de defender como Ministerio público la constitucionalidad de la Sección III de DOMA ante los tribunales. Esta doble estrategia se hallaba orientada a aupear los efectos de inconstitucionalidad de la Sección III de DOMA desde el ámbito de control jurisdiccional de aquellos Estados cubiertos por el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal hasta el nivel de control constitucional de ámbito nacional que es competencia del Tribunal Supremo. A fin de examinar la cuestión de la jurisdicción del Tribunal Supremo para conocer del caso, se procedió a la designación *ex officio* por parte del Tribunal Supremo de una *amica curiae* en la persona de la profesora V. C. Jackson quien asumió la función procedimental de caracterizar adversativamente la cuestión competencial del Tribunal Supremo ante la ausencia de voluntad del Ministerio Público de oponerse a la sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de 18 de octubre del 2012 que invalidase la Sección III de la Ley de Defensa del Matrimonio (DOMA).

El fallo de la más alta instancia jurisdiccional estadounidense habrá de extender sus efectos sobre más de 1.000 leyes y reglamentos federales.¹ Sin embargo, la

1. Entre las materias a las que afectará la declaración de inconstitucionalidad se incluyen beneficios de aseguramiento para empleados gubernamentales, beneficios de la seguridad social para supervi-

sentencia del caso Windsor no ha afectado a la Sección Segunda de DOMA que autoriza a los Estados a no reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo de conformidad a las leyes de otros Estados. Ello es jurídicamente relevante ya que, a fecha de 1 de agosto del 2013, únicamente trece Estados reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. La tendencia a la legalización de éste por parte de algunos Estados se inició en mayo del 2004 cuando en el Estado de Massachusetts se hizo efectiva una ley aprobada en tal sentido en el año 2003. Actualmente, los Estados en los que se halla legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo equivalen al 30% de la población estadounidense. Mientras que, asimismo, una minoría de Estados reconocen las uniones de hecho con derechos equivalentes a las parejas del mismo sexo, en el otro extremo de la balanza, seis han prohibido la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo y treinta y un Estados han aprobado enmiendas –de diverso tipo y alcance– en el mismo sentido en sus constituciones estatales. Destaca la ausencia de cualquier referencia a la práctica jurídica comparada ni al Derecho internacional en el razonamiento argumental del Tribunal Supremo en el presente caso sobre cuyos particulares se escribirá mucho en meses –y, posiblemente, también en años y décadas futuras– y que se halla, asimismo, destinado a poseer un valor simbólico en el marco del derecho constitucional comparado en el área de matrimonios entre personas

vientes, inmigración, bancarrota, la presentación de declaraciones de la renta conjunta así como la exclusión de los esposos del mismo sexo del ámbito de aplicación de leyes que protegen a las familias de oficiales federales, leyes que evalúan la elegibilidad de ayuda financiera y leyes federales aplicables a esposos de parejas del sexo opuesto.

del mismo sexo. El resto de este estudio se consagra a profundizar en el análisis de esta cuestión de fondo ya que en torno a ella se ha precisamente desarrollado uno de los debates jurídicos más interesantes en la última década.

2. Algunos apuntes sobre el estado de la cuestión

En efecto, desde principios del siglo XXI, interrogatorios sobre el valor hermenéutico que debe acordarse al Derecho extranjero, la práctica jurídica comparada y al Derecho Internacional en la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América forman parte del proceso de confirmación, por parte de la Comisión del Poder Judicial del Senado estadounidense, de todo nuevo juez. Tanto la jueza Sonia Sotomayor² (2009), como la jueza Elena Kagan³ (2010) propuestas por el Presidente Barack H. Obama durante su primer mandato, fueron sometidas a repetidas preguntas con respecto a su posición sobre el papel que el Derecho internacional y la práctica jurídica comparada, (ambos comúnmente recogidos, en este contexto, bajo la expresión de Derecho transnacional)⁴ deben poseer en la inter-

2. Las transcripciones se hayan disponibles en: http://epic.org/privacy/sotomayor/sotomayor_transcript.pdf, en, concreto, pp. 88, 91, 136, 209, 250, 255, 349. Véase, asimismo, <http://www.judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/SotomayorIndex.cfm>

3. Véase, asimismo, respecto de la jueza Kagan: <http://www.judiciary.senate.gov/nominations/SupremeCourt/KaganIndex.cfm>

4. Véase, destacando esta distinción, por ejemplo: Martha F. Davis & Johanna Kalb, “Oklahoma and Beyond: Understanding the Wave of State Anti-Transnational Law Initiatives”, (2011) 87 *Indiana Law Journal Supplement 1*, 2. Para un análisis

pretación de la Constitución estadounidense. Las múltiples facetas y consecuencias políticas y prácticas, además de las implicaciones teóricas y filosóficas de la materia, han generado un considerable número de estudios y reflexiones académicas,⁵ incluyendo contribuciones a su debate y estudio por parte de los propios jueces del Tribunal Supremo.⁶ La cuestión “de la cita de Derecho extranjero (y del Derecho internacional) por parte de jueces de altas jurisdicciones como fuente de autoridad persuasiva”⁷ ha emigrado también a otras jurisdicciones del *Common Law*, donde la materia había sido tradicionalmente contemplada como un aspecto jurídico poco problemático.⁸ El debate académico ha incidido, asimismo, sobre el análisis de la práctica jurídica comparada y sobre el papel de los Estados Unidos en el orden jurídico internacional contemporáneo. En apenas menos de una década, el gran

teóricamente elaborado del Derecho transnacional. Véase., e.g. Peer Zumbansen, “Transnational Law, Evolving”, 2011 *Osgoode CLPE Research Paper* 27/2011. Vol. 07 No. 07

5. Véase, Vicki C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, 2010). Véase, asimismo, Jeremy Waldron, “Partly Laws Common to All Mankind”. *Foreign Law in American Courts* (Yale University Press, 2012).

6. Véase “A Conversation Between U.S. Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer” (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 519.

7. Véase e.g. Brian Flanagan & Sinead Ahem, “Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges” (2011) 60 *International and Comparative Law Quarterly* 1.

8. Véase e.g. una referencia a la práctica de países de la Commonwealth en Jeremy Waldron (op.cit) pp. 16-20.

análisis de esta materia ha contribuido a que la cuestión se halle actualmente integrada en el arsenal político bi-partidista estadounidense como atestigua la introducción en el Congreso de Proposiciones de Ley con títulos como la “Resolución para la Preservación de la Constitución” (2003) o la Propuesta de una “Ley de Restauración Constitucional” (2005).⁹

En el origen de estos desarrollos, se halla la cuestión de cómo medir el valor interpretativo del Derecho extranjero y del Derecho internacional cuando éste es examinado por parte del Tribunal Supremo en el ejercicio de su control constitucional más allá de los casos en que la Corte se halla dirigida a ello por ley interna o tratado internacional. La magnificación observada durante la última década del que hasta entonces era considerado como el uso fundamentalmente no problemático de fuentes jurídicas transnacionales como herramienta de interpretación constitucional, se ha visto potenciado por su coincidencia con las paralelas -pero distintas- cuestiones generadas por la “guerra contra el terrorismo” en Derecho internacional. Como es bien sabido, la “guerra contra el terrorismo” de la Administración Bush añadió al *docket* del Tribunal Supremo una categoría híbrida de casos que incluían la interpretación de tratados internacionales, el Derecho consuetudinario internacional, leyes internas y la Constitución estadounidense. Tradicionalmente, los casos de Derecho consuetudinario más importantes planteados ante el Tribunal Supremo de EE.UU. lo han sido por referencia a la *Alien Tort Statute* (ATS o “Ley de Demandas por Agravios a Extranjeros”) desde el caso *Filártiga v Peña-Irala*

9. Véase Mark Tushnet “The Constitution Restoration Act and Judicial Independence: Some Observations”, (2006) 56 *Case Western Law Review* 1071, 1076.

(1980).¹⁰ Este caso fue descrito “como el *Brown v Board of Education* de la litigación en Derechos humanos” en Estados Unidos ya “que estableció por vez primera, que las demandas de violaciones de Derechos humanos podían ser planteadas ante los tribunales federales de conformidad con la ATS”.¹¹ El actual debate debe distinguirse asimismo del examen del papel del Derecho extranjero y/o el Derecho internacional como fuente de interpretación de las leyes internas estadounidenses. Los principales casos en el siglo XXI en esta categoría han versado sobre el alcance extra-territorial de las leyes federales y la interpretación de la Ley sobre Inmidades Soberanas Extranjeras (FSIA en siglas inglesas).¹²

El examen del papel del argumento jurídico comparado en la interpretación constitucional había empezado a ser fuente de controversia entre los jueces estadounidenses a finales de la década de los 80.¹³ Sin embargo, existe consenso

10. *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir.1980)

11. De acuerdo a la Alien Tort Statute –que es parte de la Ley Judicial de 1789– los tribunales federales deben tener jurisdicción original sobre cualquier acción civil presentada por un extranjero por un daño cometido en violación del derecho de las naciones”. Un conocido ejemplo de un caso polémico presentado al amparo de ATS es *Sosa v Alvarez Machain*, 542 U.S.692 (2004). Un caso reciente, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013) ha re-abierto el debate sobre el alcance de la extra-territorialidad de la *Alien Tort Statute*.

12. William S. Dodge, “Customary International Law in the Supreme Court, 1946-2000”, L. Sloss, Michael D. Ramsey & William S. Dodge (Eds.) *International Law in the U.S. Supreme Court*, (Cambridge University Press, 2011), 353, at 366

13. Véase e.g. Melissa A. Waters, “International Law as an Interpretive Tool in the Supreme Court, 1946-2000”, en Véase L. Sloss, Michael D. Ramsey & William S. Dodge (Eds.) *International*

sobre que la actual controversia le debe mucho a una serie de casos post-2000 fallados por el Tribunal Supremo estadounidense sobre materias sensibles como la homosexualidad (*Lawrence v Texas*),¹⁴ la discriminación racial positiva (*Grutter v Bollinger*),¹⁵ la pena de muerte (*Roper v Simmons*¹⁶ y *Atkins v Virginia*)¹⁷ o, más recientemente, la cadena perpetua (*Graham v Florida*).¹⁸ Para los acendrados oponentes de la presencia de referencias al Derecho extranjero e internacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en ejercicio de su poder de control de constitucionalidad más allá de aquellos casos en los que el Tribunal se halla dirigido a hacer referencia al mismo por ley interna o tratado internacional, “el problema básico con estas citas extranjeras es simple: el estado actual del derecho extranjero no nos dice nada sobre el proyecto de interpretación constitucional propiamente dicho”.¹⁹ De hecho, los autores que atacan el uso de referencias a fuentes jurídicas extranjeras en tanto que práctica “inconsistente con el textualismo y el originalismo”,²⁰ han llegado a defender la inclusión de una vigésimo octava Enmienda²¹ a la Constitución

Law in the U.S. Supreme Court, (Cambridge University Press, 2011) 380, 413.

14. *Lawrence et al. v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

15. *Grutter v Bollinger*, 539 U.S. 306, 344 (2003).

16. *Roper v Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

17. *Atkins v Virginia*, 536 U.S. 304, 316 n.21 (2002).

18. *Graham v Florida* 130 S. Ct. 2011 (2010).

19. Nicholas Quinn Rosenkranz, “An American Amendment” (2009) *Harvard Journal of Law and Public Policy* (2009), 475, 476.

20. *Ibid.*, 477.

21. La propuesta de vigésimo-octava enmienda leería: “Esta constitución fue ordenada y establecida por el Pueblo de los Estados Unidos, y, por tanto, no debe ser construida por referencia a las leyes contemporáneas de otros Estados” *Ibid.*, 479

de Estados Unidos. El objetivo de esta vigésimo-octava enmienda sería prohibir, de forma expresa, cualquier referencia al Derecho extranjero y al Derecho internacional en la interpretación constitucional de una vez por todas.

Este estudio se divide en las siguientes partes.²² La primera parte examina, brevemente, cómo la presentación en el Congreso estadounidense de proposiciones de ley con títulos como la *Resolución para la Preservación de la Constitución* (2003) o la *Ley de Restauración Constitucional* (2005)²³ ha potenciado una significativa ola de resistencia interna al Derecho internacional y extranjero que se ha extendido como la pólvora a través de las legislaturas de muchos Estados americanos. En la segunda parte, una revisión sucinta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense muestra cómo la práctica interpretativa de hacer referencia al Derecho extranjero y al Derecho internacional tiene un extenso y, hasta finales de los 80, prácticamente incontrovertido pedigrí tanto en las sentencias del tribunal, como en las opiniones concurrentes y disidentes de

22. Por cuestiones de espacio, queda fuera del presente estudio, entre otras cuestiones adláteres, el análisis de las tres posiciones ideales que el derecho extranjero e internacional puede poseer en la interpretación constitucional y el examen de los argumentos favorables a una relación interlocutoria con fuentes jurídicas transnacionales en la interpretación constitucional. Para un tratamiento más extenso, véase, De la Rasilla, I., "The Three Wise Monkeys' Dilemma? Transnational Law as a Tool of Constitutional Interpretation and the U.S. Supreme Court" 4 (2) *Transnational Legal Theory* pp. 227-257

23. H.R. 1070, 109th Congo (2005), 2005 CONG US HR 1070. Véase Mark Tushnet "The Constitution Restoration Act and Judicial Independence: Some Observations", (2006) 56 *Case Western Law Review* 1071, 1076.

sus jueces.²⁴ Sobre la base de los trabajos sobre las tres globalizaciones del derecho y el pensamiento jurídico de Duncan Kennedy,²⁵ se apunta, asimismo, a cómo esta tendencia interpretativa transnacional ha sido, especialmente, importante en periodos históricos de tipo "social" de la historia jurídica estadounidense. Esta sección concluye con una referencia a la actual escalada de la controversia en torno a esta materia por referencia a un número de casos fallados por el Tribunal Supremo en el siglo XIX que tratan sobre sensibles derechos constitucionales incluyendo la discriminación positiva, la cadena perpetua, la homosexualidad o la pena de muerte.

En tercer lugar, este estudio examina una serie de aspectos inter-relacionados que informan la discusión generada por los oponentes acendrados de esta práctica interpretativa. Estos aspectos incluyen el "originalismo" como método de interpretación constitucional, y la crítica al fenómeno del activismo judicial y de la juristocracia en conexión a la demarcación de los porosos confines del espacio de autoridad legislativa delegada que es intrínseco a la función judicial en un sistema de *Common Law*. A continuación, el estudio se centra, de forma más detenida, en el argumento que denominaré "legitimidad/democracia" contra el uso de las fuentes jurídicas extranjeras e internacionales en

24. Véase Sarah Cleveland, "Our International Constitution", (2005) 31 *Yale Journal of International Law* 1 for a thorough examination that the "historical practice answers the legitimacy objection that international law is 'foreign' to the American constitutional tradition".

25. Véase Duncan Kennedy, "Three Globalizations of Law and Legal Thought", in: David Trubek & Alvaro Santos (Eds), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (Cambridge University Press, 2006), 19

la interpretación constitucional. Este último argumento se pondrá en conexión con la emergencia –desde mediados de los años 90– de una escuela nacionalista del Derecho internacional en Estados Unidos. Esta escuela ha criticado extensamente el Derecho internacional y, con especial virulencia su teoría tradicional de las fuentes (incluyendo el Derecho internacional consuetudinario), así como lo que ha sido descrito como el ilegítimo y anti-democrático carácter del mismo, a través de un uso estratégico de la soberanía como argumento y como pretensión de autoridad jurídica. Considero que traer al primer plano esta perspectiva, que se halla metodológicamente apoyada por una transposición de la teoría de elección racional y de la metodología propia a los estudios del Derecho y la Economía (*Law and Economics*) al Derecho internacional, contribuye a ampliar la perspectiva sobre el contexto doctrinal en el que el debate sobre el uso de fuentes transnacionales en el tribunal supremo estadounidense se ha desarrollado hasta la fecha. El estudio concluye con unas breves reflexiones en torno a la influencia internacional de la práctica constitucional estadounidense.

3. Desarrollos legislativos: de Idaho a Oklahoma

La presentación ante el Congreso estadounidense de proposiciones de ley con títulos como la *Resolución para la Preservación de la Constitución* (2003) o la *Ley de Restauración Constitucional* (2005)²⁶ muestran

26. H.R. 1070, 109th Congo (2005), 2005 CONG US HR 1070. Véase Mark Tushnet “The Constitution Restoration Act and Judicial Independence: Some Observations”, (2006) 56 *Case Western Law Review* 1071, 1076.

un efecto de bola de nieve que ha afectado a la rama legislativa estadounidense. La más reciente prueba de los efectos colaterales de la escalada judicial, comparativa y legislativa de esta aparentemente inocua cuestión hermenéutica relacionada con el auge de la comparación transnacional como modo de argumentación jurídica en la interpretación constitucional es que una significativa ola de resistencia doméstica al Derecho internacional y extranjero se ha extendido como una mancha de aceite a través de muchos Estados americanos. Este fenómeno se puede observar en una serie reciente de leyes estatales dirigidas a prohibir que los tribunales estatales consideren el Derecho internacional, extranjero y, en algunos casos, el Derecho Islámico (*Sharia*) y/o Derechos culturales y religiosos²⁷ en su razonamiento jurídico. Estos actos legislativamente constringentes han sido identificados como “imitadores de la Ley de Restauración de la Constitución de 2005 que habría prohibido a los tribunales federales apoyarse sobre, *inter alia*, el Derecho internacional o extranjero en su interpretación y aplicación de la Constitución estadounidense”.²⁸

Una ley aprobada en el Estado de Idaho en marzo 2010 establece, en efecto, “que ningún tribunal debe considerar o emplear como precedente ninguna ley extranjera o internacional, reglamento o decisión judicial para ninguna materia de orden doméstico.”²⁹ Desde entonces,

27. Véase, further, Risa E. Kaufman “By Some Other Means’: Considering the Executive’s Role in Fostering Subnational Human Rights Compliance” (2012) 33 (5) *Cardozo Law Review*, 102

28. Davis & Kalb (op.cit.) 1, 6.

29. Véase, Bill Raftery, *Bans on Court Use of Sharia/International Law*, *GAVEL TO GAVEL*, (Oct. 3, 2011), <http://gaveltogavel.us/site/2012/10/04/bans-on-court-use-of-shariainternational-law>

los legisladores estatales en los Estados de Tennessee, Luisiana,³⁰ Oklahoma,³¹ Arizona en 2011³² y Kansas en 2012³³ han aprobado leyes dirigidas a impedir que los Estados puedan hacer referencia a preceptos jurídicos del Derecho internacional, Derecho extranjero, y también, en algunos casos, a leyes religiosas y culturales. Durante 2010-2011, más de una veintena de legislaturas estatales consideraron una o más propuestas anti-transnacionales; en 2012, los legisladores de Carolina del Sur, Florida, Georgia, Utah, Alaska, Arkansas, Indiana, Kansas, Nebraska, Dakota del Sur, Texas, Mississippi, Wyoming, Iowa, Maine, Virginia Occidental, Alabama, Missouri y Carolina del Norte han mantenido esta tendencia y han debatido legislaciones similares en sus Estados respectivos.³⁴ Aunque estas leyes prohibitivas incluyen una diversidad de formulaciones legislativas relativas al Derecho extranjero e internacional, es posible distinguir, al menos, dos categorías generales de provisiones prohibitivas.³⁵ En sentido amplio, éstas son coincidentes, con, respec-

showdown-vote-in-michigan-set-for-after-november-election/

30. LA. REV. STAT. ANN. § 9:6001 (2010), disponible en <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=726562>.

31. H.J.R. 1056, 52nd Leg., 2nd. Reg. Sess. (Okla. 2010), disponible en <https://www.sos.ok.gov/documents/questions/755.pdf>.

32. ARIZ. REV. STAT. ANN. §§12-3101 to 12-3103 (2011), disponible en <http://www.azleg.gov/legtext/50leg/1r/laws/0076.pdf>.

33. KAN. STAT. ANN. §§ 60-5101 to 60-5108 (2012) disponible en [http://www.kslegislature.org/li/b2011_12/measures/sb79/..](http://www.kslegislature.org/li/b2011_12/measures/sb79/)

34. Véase, Raftery, *op.cit.*

35. Véase, Martha F. Davis & Johanna Kalb, *Oklahoma and Beyond: Understanding the Wave of State Anti-Transnational Law Initiatives*, 87 IND. L.J SUPP. 1, 3-5 (2011).

tivamente, un modelo anti-transnacional moderado en el que se incluyen la mayoría de las leyes prohibitivas y un modelo anti-transnacional fuerte que puede, a su vez, incluir una sub-categoría religiosa.

El modelo moderado se corresponde con la mayoría de leyes que han sido aprobadas como muestran los casos de Tennessee,³⁶ Luisiana,³⁷ Arizona³⁸ o Kansas.³⁹ La ley de Tennessee es una provisión técnicamente muy detallada que prohíbe a los tribunales estatales aplicar el Derecho internacional o extranjero si el Derecho extranjero se halla en conflicto con el Derecho estadounidense o, podría, de otro modo, desproteger a los individuos de derechos reconocidos por las leyes domésticas aplicables. El contenido de la ley de Tennessee, que se muestra “neutral” sobre aspectos religiosos fue imitado por la nueva ley de Arizona⁴⁰ y ha sido propuesto para su inclusión *verbatim* en una serie de Estados.⁴¹ Frente a este modelo moderado, un pequeño número de legislaturas estatales han aprobado (como Idaho) o propuesto (como Iowa) medidas jurídicas reforzadas o, incluso, enmiendas constitucionales dirigidas a prohibir la cita o consideración del Derecho extranjero por los tribunales de sus respectivos Estados. Representativa entre éstas es la enmienda “Salvar nuestro Estado” que fue aprobada por las cámaras legislativas del Estado

36. The State of Tennessee, aprobó una ley técnicamente detallada en Mayo de 2010. TENN. CODE. ANN. §§ 20-15-101 to 20-15-106 (2012), disponible en <http://state.tn.us/sos/acts/106/pub/pc0983.pdf>.

37. LA. REV. STAT. ANN. § 9:6001 (2010).

38. ARIZ. REV. STAT. ANN. §§12-3101 to 12-13103 (2011).

39. KAN. STAT. ANN. §§ 60-5101 to 60-5108 (2012).

40. §§12-3101 to 12-3103.

41. Davis, *op.cit.*, at 3-4.

de Oklahoma y recibió, a posteriori, un 70'08% de votos positivos del casi millón de votantes que respondieron a la "pregunta 755" planteada con relación a ella en un referéndum celebrado en noviembre del 2010.⁴² Este modelo "anti-transnacional fuerte" puede implicar, a su vez, un corolario religioso dirigido a limitar el papel de la religión en las decisiones judiciales. La enmienda de Oklahoma proporciona el ejemplo más evidente de esta práctica.⁴³

Un gran número de incertidumbres legales rodean la constitucionalidad de estas prohibiciones legislativas dirigidas a los tribunales de algunos Estados de EE.UU.⁴⁴ Algunas de ellas se relacionan con proble-

42. Sin embargo, la iniciativa popular, que sería modificada por el Fiscal General de Oklahoma, se vería desafiada por una medida cautelar emitida por el juzgado de distrito sobre la base del libre ejercicio de la Primera Enmienda. En enero de 2012, un tribunal de apelaciones federal rechazó el argumento del Estado de que la enmienda constitucional era necesaria para proteger al Estado de Oklahoma contra la aplicación de la Sharia y sostuvo, unánimemente, una decisión que bloqueaba la implementación de dicha enmienda constitucional en el Estado de Oklahoma.. Awad v. Zirriax, 754 F.Supp. 2d 1298, 1306 (W.D Okla. 2010); Véase también John R. Crook, *Oklahoma Constitutional Amendment Barring Consideration of Sharia and International Law Overwhelmingly Approved by Voters, Preliminarily Enjoined by U.S.*, 105 AM. J. INT'L L. 122, 123 (2010); John R. Crook, *Oklahoma to Hold November 2010 Referendum on Constitutional Amendment Banning State Courts from Applying International and Sharia Law*, 104 AM. J. INT'L L. 658, 659 (2010).

43. Véase Martha F. Davis & Johanna Kalb, *Oklahoma and Beyond: Understanding the Wave of State Anti-Transnational Law Initiatives*, 87 IND. L.J. SUPP. 1, 1-2 (2011).

44. Véase Penny M. Venetis, *The Unconstitutionality of Oklahoma's SQ 755 and Other Provisions Like It That Bar State Courts From Considering International Law*, 59 CLEV. ST. L. REV. 189, 191-192 (2011).

mas técnicos especializados en materia de conflictos de leyes, reconocimiento y aplicación de decisiones judiciales o, entre otros, cuestiones relativas a arbitraje internacional.⁴⁵ En concreto, estas prohibiciones "plantean dudas sobre la aplicabilidad de las provisiones sobre elección de la ley aplicable que incorporan las leyes extranjeras y los acuerdos para resolver disputas en tribunales o foros extranjeros".⁴⁶ Estas ansiedades jurídicas deben ser añadidas a aquellas que han surgido del examen de la arquitectura del sistema jurídico federal estadounidense. En particular, existe un debate jurídico sobre cómo esta prohibición podría afectar a los tratados internacionales y acuerdos ejecutivos, independientemente de si éstos hubieran o no sido ratificados por el Congreso estadounidense como acuerdos congresionales-ejecutivos o si hubieran sido interpretados como conformes a la famosa clasificación tripartita funcional del juez Jackson en su célebre opinión concurrente en *Youngstown*.⁴⁷

45. Véase Gary Born, *Oklahoma's "Save Our State Amendment" and Related Legislative Developments in the United States*, KLUWER ARB. BLOG (June 25, 2010), <http://klwuarbitrationblog.com/blog/2010/06/25/oklahoma-s-save-our-state-amendment-and-related-legislative-developments-in-the-united-states/>.

46. Véase, *Review of International Law in the U.S. Supreme Court: Continuity and Change* editada por L. Sloss, Michael D. Ramsey, and William S. Dodge. Cambridge University Press. 2011 International Judicial Monitor, publicado por International Judicial Academy, Washington, D.C., con la asistencia de la American Society of International Law, Summer 2011 Issue. http://www.judicialmonitor.org/archive_summer2011/inreview.html

47. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952).

4. Derecho extranjero e internacional en la interpretación constitucional estadounidense; pasado, presente

En esta sección, una sucinta revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense muestra cómo el recurso hermenéutico al Derecho extranjero y a la práctica jurídica comparada y al Derecho internacional como argumento de persuasión jurídica posee un extenso y, hasta recientemente, incontrovertido pedigrí tanto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en las opiniones concurrentes y disidentes de sus jueces.⁴⁸ A continuación, se apunta a cómo esta tendencia interpretativa ha sido especialmente importante en los llamados periodos históricos “sociales” de la historia jurídica estadounidense sobre la base de los estudios sobre las tres globalizaciones del Derecho y el pensamiento jurídico de Duncan Kennedy.⁴⁹ Esta sección concluye con una referencia a la actual escalada de la controversia en esta sede generada por una serie de casos sensibles como la cadena perpetua, la discriminación positiva, la homosexualidad y la pena de muerte.

48. Un extenso examen de cómo la práctica histórica responde a la objeción de legitimidad de que el Derecho internacional es extranjero a la tradición constitucional estadounidense puede encontrarse en Sarah Cleveland, “Our International Constitution”, (2005) 31 *Yale Journal of International Law* 1.

49. Véase, Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, in: David Trubek & Alvaro Santos (Eds), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, (Cambridge University Press, 2006), 19.

En efecto, algunos juristas estadounidenses alarmados por la polémica generada por el debate comparativista se han esforzado por mostrar qué las referencias al Derecho extranjero e internacional⁵⁰ han afectado, transversalmente, muchas áreas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense desde sus orígenes.⁵¹ Mark Tushnet, un experto en Derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, se halla entre aquellos que han expresado su sorpresa en vista del hecho de que “el Tribunal Supremo se ha referido, rutinariamente, al Derecho internacional en casos que interpretan la Constitución a través de la historia de Estados Unidos sin que estas referencias hayan ocasionado controversias por considerarse alejadas de estándares aceptados en la interpretación constitucional.”⁵² En efecto, un sobrevuelo histórico de casos del Tribunal Supremo muestra cómo la práctica interpretativa de hacer referencia al Derecho extranjero y al Derecho internacional ha poseído un incontrovertido pedigrí en la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como en las opiniones concurrentes y disidentes de sus jueces.⁵³ Estas referencias se incluyen

50. Véase, e.g. Vicki Jackson, “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, (2005) *Harvard Law Review*, 119,109. Véase e.g. Gerald Neuman, “The Uses of International Law in Constitutional Interpretation” (2004) 94 *American Journal of International Law* 82.

51. Véase, Harold Koh, “International Law as Part of Our Law”, (2004) 98 *American Journal of International Law* 43, 45

52. Véase, Mark Tushnet, “International Law and Constitutional Interpretation in the Twenty-First Century: Change and Continuity”, in: David L. Sloss, Michael D. Ramsey & William S. Dodge (Eds.) *International Law in the U.S. Supreme Court* (Cambridge University Press, 2011) 507, 507.

53. Véase., e.g., Cleveland (n20)

en numerosas sedes jurídicas desde la interpretación del castigo cruel e inusual de la Octava enmienda (*Wilkersen v Utah* en 1879 que fue el primer caso decidido en este área por el Tribunal Supremo) a la prohibición de la des-nacionalización como pena a la luz de la práctica internacional en *Trop v Dulles* en 1958.⁵⁴ Este último caso es, generalmente, considerado una de las referencias clásicas de la práctica sobre fuentes jurídicas transnacionales en el Tribunal Supremo, así como la sentencia en el que se originó la célebre fórmula “los estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad en proceso de maduración”.⁵⁵ Otras áreas en las que la jurisprudencia del tribunal se ha referido, comparativamente, a materiales extranjeros incluyen la cláusula de proceso debido (tal y como fuera interpretada en *Hurtado v California* en 1884, un caso, en el que se hizo referencia a las “mejores ideas de todos los sistemas y de toda época”)⁵⁶ o a la interpretación del concepto de “libertad” en la decimocuarta enmienda⁵⁷ en *Jacobson v Massachusetts* en 1905. Expertos en la constitución estadounidense han, asimismo, destacado la existencia de referencias a las fuentes jurídicas externas en la construcción de la Decimotercera Enmienda,⁵⁸ la Decimotercera Enmienda,⁵⁹ así como en la interpretación constitucio-

nal de la cláusula de comercio⁶⁰ en *Wickard v Filburn* (1942) o en la construcción de la doctrina de separación de poderes⁶¹ (*Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer*). Otros ejemplos incluyen la definición de los derechos procedimentales en el marco del proceso penal siendo, tal vez, el más famoso ejemplo el de *Miranda v Arizona* (1966) en el que se originó la célebremente cinematográfica fórmula *Miranda*.

Referencias al término “opinión internacional” o “al clima de la opinión internacional” fueron utilizados como “consideración adicionales” o, para justificar abrir la puerta a qué las citas jurídicas extranjeras pudieran coadyuvar a la interpretación de la octava enmienda en casos de pena de muerte por violación (*Coker v Georgia*, 1977)⁶² o de asesinato (*Enmund v Florida*, 1982).⁶³ Puede, asimismo, destacarse cómo la referencia a fuentes extranjeras y/o práctica comparada no ha sido siempre empleada para expandir derechos constitucionales. Así, por ejemplo, en *Roth v United States*⁶⁴ (1957), el tribunal citó extensamente materiales jurídicos extranjeros y tratados internacionales (sin establecer ninguna obligación jurídica internacional conforme a ellos) para concluir que la primera enmienda se hallaba en conformidad con una ley federal sobre obscenidad. Entre las famosas opiniones disidentes y concurrentes en las que se hallan referencias a materiales de la práctica jurídica comparada, merecen ser mencionadas la opinión disidente frente al fallo del Tribunal Supremo en

54. Véase., *Trop v Dulles* 356 U.S. 86 (1958).

55. “The evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”.

56. *Hurtado v California*, 110 U.S. 516,531 (1884).

57. *Jacobson v Massachusetts*, 197 U.S. 11, 25 S. Ct. 358, 49 L.Ed. 643 (1905).

58. *Robertson v Baldwin*, 165 U.S. 275,283-86 (1897).

59. *Cunard S.S. v Mellon*, 262 U.S. 100, 122-24 (1923).

60. *Wickard v Filburn*, 317 U.S. 111, 63 S.Ct. 82, 87 L.Ed. 122 (1942).

61. *Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952).

62. *Coker v Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

63. *Enmund v Florida*, 458, U.S. 782 (1982).

64. *Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957).

el infame caso de *Dred Scott*⁶⁵ en 1857 que dictaminó que los esclavos –en tanto que mercancía– no eran ciudadanos estadounidenses y no podían, por tanto, reclamar ninguno de los derechos y privilegios que este instrumento establece para los ciudadanos. Tanto cabe decir de la asimismo conspicua opinión disidente del Juez Harlan en *Lochner*⁶⁶ en 1905 o, por hacer referencia a otro ejemplo clásico de la jurisprudencia constitucional estadounidense, la opinión concurrente del Juez Jackson en *Youngstown* en 1952.⁶⁷

Desde una perspectiva histórica, se puede apreciar un aumento del uso de la comparación con materiales jurídico extranjeros en los trabajos del Tribunal Supremo estadounidense cuando éste estaba atravesando el período “social” en lo que Duncan Kennedy ha referido como la “segunda globalización del Derecho y el pensamiento jurídico”.⁶⁸ De hecho, se observa claramente que el recurso a la práctica jurídica extranjera ganó, durante este período “social” que Kennedy sitúa *grosso modo* entre 1900 y 1968, preeminencia frente a la ortodoxia predominante en la segunda mitad final del siglo XIX de “confianza en la deducción como herramienta central del razonamiento jurídico y la ambición de unificar el derecho a través de la unión o asociación de reglas a un

pequeño conjunto de conceptos centrales y principios organizativos”.⁶⁹

Este modo de razonamiento jurídico había contribuido al consenso de finales del siglo XIX en torno al “pensamiento jurídico clásico”⁷⁰ o *Classical Legal Thought*. El pensamiento jurídico clásico (cuyo auge Kennedy emplaza entre 1850 y 1914) era, en sí mismo, un producto del espíritu de codificación que emergió de las codificaciones de la primera parte del siglo XVIII en el estilo de *usus modernus pandectarum*. Esta es una tendencia que se vería más tarde coronada por las pretensiones individualistas racionalistas del Código Civil francés en 1804. Mientras que, en varios Estados europeos, el Código Civil de Napoleón actuó como un catalizador para el desarrollo de codificaciones nacionales, el rechazo nacionalista del imperio napoleónico ayudado por el *zeitgeist* propio del romanticismo en la actual Alemania, condujo, como es bien sabido, a la oposición de la Escuela histórica de Savigny a una codificación jurídica de tipo universalista. Aunque de acuerdo con la Escuela de Savigny, la codificación no podía, por definición, capturar las particularidades del *volkgeist*, ello no habría de empecer la evolución de la jurisprudencia altamente conceptual de los pandectistas y su creencia en que “los principios generales de aplicación eran tan descubribles como las leyes de la naturaleza reveladas por la ciencia”.⁷¹

Por su parte, la versión estadounidense del pensamiento jurídico clásico (CLT) surgió

65. *Dred Scott v Sandford*, 60 U.S. 393, 19 How, 393, 15 L.Ed. 691 (1856).

66. *Lochner v New York*, 198 U.S. 45, 71 (1905) 1905).

67. *Youngstown Sheet & Tube Co. v Sawyer*, 343 U.S. 579, 651-52 (1952).

68. Véase Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought”, en Trubek & Alvaro Santos (Eds), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (Cambridge University Press, 2006), 19.

69. Véase Kennedy and William W. Fisher III, (eds.) *The Canon of American Legal Thought* (Princeton University Press, 2006)

70. *Ibid.*

71. Véase e.g. Thomas Glyn Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law* 141 (1999).

en un “contexto de recepción jurídica”⁷² (o de importación emuladora, lo que los comparativistas denominan “difusión de trasplantes jurídicos por prestigio”)⁷³ del pensamiento jurídico extranjero. A inicios de la segunda globalización del Derecho, frente el trasfondo de un siglo XIX en el que, tal y como notase, Roscoe Pound “la idea de justicia como el máximo de auto-afirmación individual (...) había alcanzado su máximo desarrollo”,⁷⁴ las bases fundacionales de la jurisprudencia sociológica del propio Pound⁷⁵ habrían de ser ensambladas en torno a los perspicaces comentarios de Oliver W. Holmes⁷⁶ y de Louis Brandeis en el comienzo de la “era *Lochner*”.⁷⁷ Este nuevo pensamiento jurídico sociológico sólo se hallaba abonando el terreno para la emergencia de una más cruda crítica jurídica “realista” (léase, Realismo Jurídico estadounidense) que alcanzaría su auge durante la Gran Depresión. Para

entonces, Karl Llewellyn,⁷⁸ influido por el pensamiento sociológico de Max Weber,⁷⁹ junto con Jerome Frank,⁸⁰ y otros “realistas jurídicos” (o “*legal realists*”) contribuirían a terminar de “desestabilizar la confianza del pensamiento jurídico clásico” que había, previamente, sido despreciado por Pound como mero formalismo o “jurisprudencia mecánica”.⁸¹

En efecto, los “realistas jurídicos” estadounidenses arguyeron en términos más anti-formalistamente comprometidos que sus predecesores que se requerían dosis de “creatividad jurídica para completar los vacíos deductivos y nuevas herramientas para razonar sobre lo que terminaría llamándose *policy*, un paraguas flexible para atender a las condiciones sociales, propósitos, funciones, y amplios objetivos sociales y compromisos éticos”⁸² del gobierno. Un buen ejemplo, en efecto, de la anticipación de la llegada al escenario de la teoría jurídica de los *legal realists* y sus acervas críticas de “abuso de la deducción combinado con su insistencia en una marcada distinción entre ser/debe ser”,⁸³ es el extenso empleo de materia-

72. Duncan Kennedy, *op. cit.* 19, 24.

73. Véase Alan Watson, *Legal Transplants: An approach to Comparative Law* (Oxford University Press, 1974).

74. Roscoe Pound, “The End of Law as Developed in Juristic Thought” (1917) 30 *Harvard Law Review* 201, 225.

75. Roscoe Pound, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence” (1911) 24 *Harvard Law Review* 591

76. Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law” (1897) 10 *Harvard Law Review* 457. Véase, asimismo, la opinión disidente de Holmes en *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1995).

77. Para un análisis del caso como exponente del pensamiento jurídico clásico en acción, Duncan Kennedy, *The Rise & Fall of Classical Legal Thought: With a New Preface by the Author, “Thirty Years Later”* (Beard Books 2006 *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, (Originalmente circulado privadamente en 1975) 15.

78. Véase e.g. Karl Llewellyn, “Some Realism About Realism--Responding to Dean Pound” (1931) 44 *Harvard Law Review* 1222.

79. Duncan Kennedy, “The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber’s Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought”, 55 *Hastings Law Journal* (2004) 1169-1076, at 1070.

80. Véase e.g. Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1930).

81. Roscoe Pound, “Mechanical Jurisprudence”, *Columbia Law Review* 605 (1908).

82. Kennedy, Lon L. Fuller, in David Kennedy and William W. Fisher III, eds. *The Canon of the American Legal Thought* (Princeton University Press, 2006) 209.

83. Kennedy & Fisher III, *op.cit.* 1070

les comparados de conformidad con el relevante papel adscrito al “estudio” científico-social por parte del Juez Brandeis en el caso *Muller v Oregon* (1908).⁸⁴ La interpretación de la “cláusula de comercio” en el caso *Wickard v Filburn* (1942)⁸⁵ es otro claro ejemplo del uso de fuentes jurídicas comparadas durante el llamado período social del pensamiento jurídico estadounidense que se produjo durante la segunda globalización del Derecho y el pensamiento jurídico. También pertenece al auge de este período⁸⁶ una de las más citadas opiniones disidentes, la del Juez Brandeis sobre el sistema federalista, la célebre conceptualización de los “estados como laboratorios” para “experimentos sociales y económicos”. Esta conceptualización subyace, asimismo, a argumentos que se posicionan en favor del empleo comparativo del Derecho internacional y del Derecho extranjero en el mundo crecientemente globalizado e interdependiente de las redes transnacionales⁸⁷ de nuestra época.

Frente a este trasfondo histórico y aunque la materia había ya sido objeto de ligera controversia entre los jueces desde mediados de los años 80,⁸⁸ existe, actualmente, un consenso sobre que la actual controversia jurídica sobre el papel del derecho internacional y extranjero en la

interpretación constitucional le debe mucho a una serie de casos recientes como aquellos que declaran la inconstitucionalidad de la criminalización de la conducta homosexual (leyes anti-sodomía de Texas) en *Lawrence v Texas*⁸⁹ (2003) que anuló *Bowers v Harding* (1986) con referencia, por vez primera en la jurisprudencia del TS, a un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dudgeon v United Kingdom* (1981). Esta lista también incluye la autorización de discriminación racial positiva en *Grutter v Bollinger*⁹⁰ (2003) en la cual el Tribunal Supremo estadounidense citó la *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial* (ICERD) y la *Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres* (CEDAW). Otros casos relevantes recientes incluyen la declaración de inconstitucionalidad de la imposición de la pena de muerte a menores de edad que se benefició de la re-interpretación de la Octava enmienda en *Roper v Simmons*⁹¹ (2003) o en *Atkins v Virginia* (2002) en el que el tribunal se posicionó contra la ejecución de deficientes mentales.⁹² Más recientemente, en *Graham v Florida*⁹³ (2010), el tribunal prohibió la condena a pena perpetua (sin posibilidad de libertad condicional) para menores de edad, haciendo referencia a la práctica internacional y al Derecho internacional a la hora de interpretar la Octava enmienda.

84. *Muller v Oregon* 208 U.S.412, 28 S.Ct., 324, 52 L.Ed. 551(1908).

85. *Wickard v Filburn* 317 U.S. 111, 63 S.Ct. 82, 87 L.Ed. 122 (1942).

86. *New State Ice Co. v Liebmann*, 285 U.S. 262, 310-11 (1932) (Brandeis, J., dissenting) (noting that states of the United States can “serve as... laborator[ies]” for “social and economic experiments”).

87. Véase, e.g. *Anne Marie Slaughter, A New World Order* (Princeton University Press, 2004).

88. *Waters*, op. cit. 413

89. *Lawrence et al. v Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

90. *Grutter v Bollinger*, 539 U.S. 306, 344 (2003).

91. *Roper v Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

92. *Atkins v Virginia*, 536 U.S. 304, 316 n.21 (2002).

93. *Graham v Florida* 130 S. Ct. 2011 (2010).

5. Argumentos contrarios a una relación “interlocutoria” con fuentes jurídicas transnacionales

Contra el trasfondo descrito, un número de autores han unido fuerzas argumentativamente en favor de lo que Vicki C. Jackson ha denominado una “relación interlocutoria con las fuentes jurídicas transnacionales”.⁹⁴ Mientras tanto, en los argumentos de aquellos que se oponen al uso de fuentes transnacionales como recurso instrumental en la interpretación constitucional, suele hallarse referencia a tres cuestiones que, a menudo aparecen, inter-relacionadas a la hora de disputar la conveniencia de referirse a la práctica judicial comparada o internacional. Estos son el “originalismo”, el ataque contra el activismo judicial y el argumento de legitimidad/democrático contra la referencia al uso de las fuentes jurídicas transnacionales en la interpretación constitucional. Haré, brevemente, referencia a las dos primeras líneas argumentales antes de examinar, de forma más detenida, la última perspectiva referida cuyo fondo argumental es que el Derecho internacional (y el Derecho extranjero) no pueden ser el espejo de la voluntad soberana tal y como está queda plasmada a través de los órganos legislativos estadounidenses.

94. Jackson, *op.cit.*, 109, 128. Un análisis de estos argumentos puede encontrarse en De la Rasilla, I., “Constitutional Tempo in the Law that Dares Not to Speak its Name” *XIX Southwestern Journal of International Law* 1 (2012) pp. 67-102; así como, en De la Rasilla, I., *The Three Wise Monkeys’ Dilemma? Transnational Law as a Tool of Constitutional Interpretation and the U.S. Supreme Court* 4 (2) *Transnational Legal Theory* pp. 227-257.

De hecho, para el juez Scalia, uno de los más vocales oponentes de esta práctica, la cuestión de fondo es que para determinar lo que el pueblo estadounidense piensa, uno debe ante todo utilizar “la legislación que existe en los estados, democráticamente elegidos por el pueblo estadounidense.”⁹⁵ De acuerdo a los detractores del recurso a la práctica jurídica comparada e internacional, no hacerlo pone en entredicho la experiencia constitucional estadounidense que es la más antigua y más duradera del mundo. Por último, en la siguiente sección, este último análisis se emplazará contra la tela de fondo del auge, desde mediados de los años 90, de una escuela nacionalista del Derecho internacional en Estados Unidos.

El primer argumento contra el uso de fuentes jurídicas transnacionales en la argumentación constitucional incluye, por supuesto, la cuestión debatida *ad nauseam*, de los métodos judiciales de interpretación de la constitución estadounidense. El uso de citas extranjeras se ha transformado en un campo de batalla entre el *originalismo* (que es la teoría de interpretación jurídica que sostiene que interpretar la constitución estadounidense implica intentar entender qué significado otorgaba a sus términos la sociedad del tiempo en que esta fue promulgada)⁹⁶ y el modelo de interpretación de la “constitución viva” (o “*living constitution*”).⁹⁷ La

95. Scalia & Breyer, *op.cit.*, 519

96. Ello, por lo que se refiere al uso de fuentes jurídicas extranjeras. Implica, por ejemplo, que la antigua ley inglesa vigente en el periodo de la independencia sería una fuente válida de interpretación de la misma.

97. De hecho, la frase más usualmente asociada al último modelo, los “estándares evolutivos de decencia que marcan el progreso de una sociedad en proceso de maduración” (“the evolving

ascendencia doctrinal en este contexto del originalismo ha sido destacada por M. Tushnet (quién opina que el “originalismo excluye incluso usos suaves de materiales no estadounidense excepto en la medida en que las interpretaciones originalistas autorice a los decisores políticos a hacer uso de materiales no estadounidenses posteriores a la adopción de la constitución estadounidense”)⁹⁸ como una de las razones metodológicas que se hallan tras el auge de la controversia surgida al respecto de la práctica de hacer referencia a materiales jurídicos no estadounidenses en la interpretación constitucional. Como teoría de interpretación constitucional, el auge del “originalismo” es un efecto idiosincrático de la evolución histórica ininterrumpida de la Constitución de Estados Unidos y un símbolo de la fijación nacionalista con los orígenes –y el mito fundacional– de la República estadounidense.⁹⁹

En segundo lugar, la cuestión de discrecionalidad judicial a la hora de determinar el papel apropiado de los jueces como intérpretes de las percepciones de Estados Unidos es uno de los aspectos más recurrentemente tratados en conexión a esta

standards of decency that mark the progress of a maturing society”) suele aparecer en aquellas sentencias en las que el Tribunal Supremo hace un uso comparativo del Derecho extranjero e internacional. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

98. Tushnet, *op.cit.*, 507, 511.

99. Como es sabido, la Constitución de Estados Unidos data de 1787 y el Tribunal Supremo estadounidense fue fundado en 1789. Cabe, tal vez, comparar dicho desarrollo de la doctrina constitucional in-interrumpida estadounidense con el hecho de que España han estado en vigor 7 constituciones desde 1812, y que el antecedente más próximo al Tribunal Constitucional español, creado en 1980, es el Tribunal de Garantías Constitucionales reconocido en la efímera Constitución de la 2ª República Española en el año 1931.

materia. No es de extrañar que el debate sobre las citas de Derecho extranjero y Derecho internacional haya sido otro de los caballos de batalla en el frente abierto contra el activismo judicial que sus oponentes consideran equivalente a “legislar desde el estrado”. En efecto, una serie de autores favorables a la filosofía del “auto-control judicial” no dudarían en suscribir la valoración conforme a la cual “la consideración de fuentes jurídicas extranjeras de Derecho vinculante mina la legitimidad de la interpretación judicial al aumentar la discrecionalidad interpretativa”.¹⁰⁰ Además, estos autores han hallado un uso estratégico en lo que Ran Hirschl ha denominado la “corriente global contra la juristocracia”¹⁰¹ que es un fenómeno que su autor cree que “puede considerarse uno de los desarrollos más significativos de la teoría de gobierno de la última parte del siglo XX e inicios del siglo XXI”.¹⁰² Hirschl define a la “juristocracia” como consecuencia del “auge del empoderamiento judicial a través de la constitucionalización de los Derechos y el establecimiento del control jurisdiccional contra la tiranía del gobierno de la mayoría”.¹⁰³ Sus oponentes identifican el uso de fuentes jurídicas transnacionales como una variante de este fenómeno de reforzamiento del poder de los jueces que, a menudo, se alía con el activismo judicial. Desde esta perspectiva, el “transjudicialismo” que es considerado, por sus detractores, como una “plaga” que potencia el uso fuentes

100. Charles Fried, “Scholars and Judges, Reason and Power” (2000) 23 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 807, 815-22.

101. Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, (Harvard University Press, 2004).

102. *Id.*, at 1.

103. *Ibid.*

jurídicas transnacionales se beneficia de la existencia de una “juristocracia” internacional. Este argumento, encuentra apoyo argumental en el estatuto no representativo de los jueces internacionales quienes, en ocasiones, han llegado a ser identificados por sus críticos “como radicales cosmopolitas que van pisoteando naciones y pueblos en su urgencia por imponer una mal definida gama de “valores globales”.¹⁰⁴ Frente a este fenómeno, estos detractores consideran que si algo debe cambiar (incluyendo, la práctica de recurrir al Derecho extranjero e internacional especialmente para iluminar aspectos sustantivos de los derechos recogidos en la Constitución) ello debe producirse no por un tipo de decreto judicial que se auto-aisla de la política, sino que, por el contrario, debe producirse mediante legislación democrática. De acuerdo a sus críticos, la dejación en el control de estas prácticas transnacionales podría expandir ilegítimamente el marco de la discrecionalidad judicial. Un ejemplo evidente de este hilo argumental que constituye el tercer frente interrelacionado del caso contra el uso de fuentes jurídicas transnacionales, lo ofrece, precisamente, el inicio de la opinión disidente del juez Scalia en el caso, con el que iniciabamos este estudio, *United States v. Windsor, Executor of the Estate of Snyer, et al.* sobre la inconstitucionalidad de la Sección III de DOMA. En efecto, en su opinión disidente Scalia afirma:

104. Daniel Terries, Cesare P.R. Romano and Leigh Swigart, *The International Judge. An Introduction to the Men and Women who Decide the World's Cases* (Oxford University Press, 2007) xiii, especialmente las pp. 147 -179. Una crítica especialmente acendrada puede encontrarse en Robert H. Bork, *Coercing Virtue, The Worldwide Rule of Judges* (AEI Press, 2003)

“Este caso trata, en varios respectos, sobre el poder. Trata sobre el poder de nuestro pueblo de gobernarse a sí mismo, y sobre el poder de este tribunal de pronunciar el Derecho. El fallo dictado este día agranda este último, con las predecibles consecuencias de disminuir el primero. No poseemos el poder de decidir este caso. E, incluso, si lo tuviésemos, no tenemos el poder constitucional de invalidar esta legislación democráticamente adoptada”.¹⁰⁵

En tercer lugar, y subyacente, en efecto, a los argumentos expresados contra los, por antonomasia, difusos contornos de la “etiqueta” de activismo judicial¹⁰⁶ en el pronunciamiento de sentencias, se halla, asimismo, el argumento “democrático o de ilegitimidad” contra el uso de fuentes jurídicas transnacionales en la interpretación de la Constitución estadounidense. El fondo argumental de esta perspectiva interrelacionada es que el Derecho internacional (y el Derecho extranjero) no pueden reflejar la voluntad del pueblo estadounidense tal y como ésta se halla canalizada por sus órganos legislativos. En efecto, para el juez Scalia “para determinar lo que los estadounidenses piensan, uno debe atender a la legislación democráticamente adoptada por el pueblo americano,¹⁰⁷ antes que imponer lo que denomina “estados de ánimo, modas pasajeras o tendencias extranjeras”.¹⁰⁸

105. *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), 2013 U.S. LEXIS 4935

106. Véase, Fouad Zarbiev, “Judicial Activism in International Law - A Conceptual Framework of Analysis”, (2012) 3-2 *Journal of International Dispute Settlement*, 1. Véase, asimismo, Sterling Harwood's *Judicial Activism. A Restrained Defense* (Town, Austin & Winfield, 1996)

107. Scalia & Breyer, op.cit.

108. *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472, 2495 (2003) (Opinión disidente del juez Scalia citando *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, 990 n.* (2002)

Jeb Rubinfeld ha identificado, interesantemente, dos tipos de constitucionalismo para reflejar la diferencia entre perspectivas europeas y americanas a este respecto. De acuerdo a la distinción de Rubinfeld, la primera variedad, que él denomina constitucionalismo internacional,¹⁰⁹ es el constitucionalismo “europeo” emanado de la experiencia europea con la Segunda Guerra Mundial que sitúa algunos principios jurídicos y constitucionales en un plano normativo jurídico superior del cual no pueden ser aupados como consecuencia de los vaivenes y caprichos del proceso político democrático en la toma de decisiones. La segunda variedad, por el contrario, es la que Rubinfeld define como “constitucionalismo democrático” por el que entiende un tipo de constitucionalismo que no conoce principios sacrosantos que el pueblo no pueda alterar decidiendo por sí mismos sobre “los permanentes compromisos jurídicos y políticos que gobernarán la comunidad política en el futuro”.¹¹⁰ A decir de Rubinfeld, esta última perspectiva se adecúa al sacrosanto carácter democrático del sistema federalista estadounidense de equilibrio y control mutuo de poderes y proceso debido (o *due process*) coronado por la Constitución estadounidense en el que los oficiales son responsables ante el pueblo americano contra toda pretensión de legitimidad supra-nacional de procesos internacionales de creación del Derecho en los que participan estados no democráticos y una larga panoplia de actores

109. Véase el clarificador estudio a este respecto de Jed Rubinfeld, “Unilateralism and Constitutionalism”, (2004) 79 *New York University Law Review* 1971, 1993. Obviamente, la interesante césura histórica de Rubinfeld no termina de congeniar bien con el principio de “soberanía parlamentaria” británico.

110. *Ibid.*

no estatales no representativos. Aunque, naturalmente, parte de los caracteres que Rubinfeld atribuye al constitucionalismo estadounidense parecen estructuralmente más aplicables al pilar del principio de “soberanía parlamentaria” sobre el que se apoya el sistema británico de “constitución no escrita” que al sistema constitucional estadounidense, la distinción traída a cuenta por Rubinfeld es interesante.

6. Auge de una escuela nacionalista de Derecho internacional en Estados Unidos

En efecto, la preocupación “democrática/legitimidad” es central en el multifacético esquema argumentativo de lo que Vicki C. Jackson ha referido como la “resistencia a lo internacional”.¹¹¹ Esta aproximación ha ganado importancia gracias a los trabajos e influencia de una serie de autores que han recibido crédito por haber potenciado “la resurrección e intensidad de los actuales debates sobre el Derecho de las Relaciones Exteriores (*Foreign Affairs Law*)”¹¹² desde mediados de los años 90. A pesar de su menor prominencia política en la Administración Obama, sería erróneo minusvalorar la permanente influencia académica de aquellos que durante el gran *tsunami* académico generado en torno a la acción exterior de la administración Bush entre 2000-2008, fueron bautizados como los “nuevos soberanistas”,¹¹³

111. Jackson, *op.cit.* 17-38.

112. Alejandro Lorite Escorihuela, “Cultural Relativism the American Way: The Nationalist School of International Law in the United States” (2005) 5 *Global Jurist* 1.

113. Peter Spiro acuñó el término en “The New Sovereignists: American Exceptionalism and Its

la “escuela nacionalista del Derecho internacional”¹¹⁴ o los “teóricos neoconservadores del Derecho internacional”.¹¹⁵

En efecto, Mark Tushnet, el célebre constitucionalista de Harvard Law School no se equivoca cuando apunta (más allá de debates de teoría jurídica sobre el difuso espacio de ejercicio de autoridad legislativa delegada mediante la interpretación judicial que se perciben agudamente en los sistemas del *Common Law*) que las preocupaciones sobre el papel de Estados Unidos en el orden jurídico internacional constituyen una de las razones que se hallan tras el incremento de la controversia relativa a la práctica de referirse a materiales jurídicos no internacionales en la interpretación constitucional.¹¹⁶ En el resto de esta sección, ilustraré esta intuición en el entendimiento de que traer al primer plano algunos de estos debates y doctrinas puede ayudar a ampliar la perspectiva sobre el contexto académico en el que la cuestión del uso de fuentes transnacionales en el tribunal supremo estadounidense se ha desarrollado durante la última década. En efecto, en la intra-historia de la doctrina iusinternacionalista, la perspectiva de los nuevos soberanistas estadounidenses surgió como desafío al *zeitgeist* liberal-internacionalista de inicios y mediados de los años 90 conforme al cual el Derecho

internacional había llegado a un momento post-ontológico.¹¹⁷ Frente a la sugerencia de que una “interacción sistémica de orden normativo”¹¹⁸ emana de lo que un jurista internacional liberal considerase el establecimiento definitivo entre los Estados del efecto de empuje hacia el respeto del Derecho internacional (es decir, que el Derecho internacional funciona para validar una expectativa de cumplimiento)¹¹⁹ había sido definitivamente establecido entre los Estados, los neo-soberanistas estadounidense han, desde entonces, ganado una considerable atención¹²⁰ gracias a una cruda concepción neo-realista del poder en el plano jurídico internacional. Estos autores sostienen que no puede ser empíricamente demostrado que el “Derecho internacional conduzca a los Estados hacia el cumplimiento del Derecho internacional contra sus intereses” y que “las posibilidades que el Derecho internacional puede alcanzar se hallan limitadas por las configuraciones de los intereses estatales y la distribución de poder entre los Estados”.¹²¹ A fin de demostrar esta perspectiva, dichos autores han recurrido a la teoría de la elección racional (o “rational choice theory”) con objeto de atacar la idea de que las naciones respetan el Derecho internacional por razones no instrumentales, o dicho de otro modo,

False Prophets” (2000) *Foreign Affairs*, 9-13.

114. Véase., e.g. Alejandro Lorite Escorihuela, “Cultural Relativism the American Way: The Nationalist School of International Law in the United States” (2005) 5 *Global Jurist* 1.

115. Véase., e.g. Ignacio de la Rasilla “Remarks on Post-Sovereignty and International Legal Neo-Conservatism”, in: Russell A. Miller & Peer C. Zumbansen (eds), *Comparative Law as Transnational Law: A Decade of the German Law Journal* (Oxford University Press, 2011) 89-100

116. Tushnet, *op.cit.*, 507, 511.

117. Franck, Thomas, M., “The Power of Legitimacy and the Legitimacy of Power: International Law in an Age of Power Disequilibrium” 100 *American Journal of International Law* 1, 2006, pp.88-106, p. 91.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, at 92.

120. Véase e.g. Goldsmith, & E. A. Posner, *The Limits of International Law*. Véase, asimismo, el simposio sobre esta obra publicado en 34 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (2006) 2, pp. 289-484.

121. *Ibid.*

que respetan el Derecho internacional porque poseen “un sentimiento de obligación jurídica (*opinio iuris*), debido a un efecto de empuje normativo del Derecho internacional o debido a la absorción del Derecho internacional como parte de los valores nacionales internos”.¹²² Por su parte, esta visión soberanista y estatalista pretende identificar los “límites del derecho internacional” manteniendo que el Derecho internacional es un producto del auto-interés de los Estados y no una fuerza exógena que pueda, efectivamente, actuar de forma contraria a los intereses nacionales representados en las preferencias de los líderes gubernamentales. La crudeza del análisis de la práctica estatal como una consecuencia –en términos de teoría de juego– de la coincidencia de interés, coerción, coordinación e cooperación –impacta directamente sobre la teoría tradicional de las fuentes del Derecho internacional y, con especial, agudeza, sobre el elemento psicológico o subjetivo del Derecho internacional consuetudinario–. No es, pues, de extrañar que el examen del elemento de “*opinio iuris sive necessitatis*” en la obligación jurídica internacional emanada de la práctica de los Estados haya sido uno de los frentes preferidos de la transposición de la teoría racional y de la teoría de juegos orientada hacia un desmantelamiento de la fuerza normativa del Derecho internacional. Esta perspectiva neo-realista de una de las fuentes del Derecho internacional señaladas en el Artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia¹²³ ha sido, sin

122. Goldsmith, Jack & Posner, Eric, “A New International Law Scholarship: A Response”. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol.34., No.2, 2006 pp.463-484 at 464.

123. Una afinada deconstrucción de la doctrina de las fuentes en Derecho internacional puede

embargo, contrarrestada, desde el interior de la academia jurídica estadounidense por otros análisis¹²⁴ asimismo sustentados en “comprensiones de la estructura del sistema jurídico internacional basados (inter-disciplinariamente) en el Derecho y la Economía”¹²⁵ (o *Law and Economics*). Estos análisis han aplicado perspectivas metodológicas inter-disciplinarias de conformidad a la teoría social racional a factores como el miedo a la pérdida de reputación y “circunstancias en las cuales podríamos esperar que el Derecho internacional afectase al comportamiento de los Estados”¹²⁶ a fin de disputar que sólo puedan extraerse implicaciones negacionistas de la aplicación de teoría de la elección racional al examen de la costumbre internacional como fuente del Derecho internacional.

Entretanto, en la academia iusinternacionalista europea, Martti Koskeniemi ha defendido una “cultura del formalismo” frente a lo que denominado “una actitud gerencial” y el asociado riesgo de des-formalización generado por la actual evolución del Derecho internacional a vocabularios basados en teorías de las relaciones internacionales.¹²⁷ Más recientemente,

encontrarse en Thomas Skouteris, “The Force of a Doctrine. Article 38 of the PCIJ Statute and the Sources of International Law” in Fleur Johns., Joyce R. and Pahuja, S., *Events: The Force of International Law* (Routledge, 2011) pp. 69-80.

124. Véase, especialmente, Andrew Guzman., *How International Law Works: A Rational Choice Theory* (Oxford University Press, 2008).

125. Véase, especialmente, Joel P. Trachman, *The Economic Structure of International Law* (Harvard University Press, 2008).

126. Id., at 72.

127. Véase, e.g. en castellano, Martti Koskeniemi, “Formalismo, fragmentación y libertad. Temas kantianos en el Derecho internacional ac-

Koskenniemi ha ofrecido otro análisis clarividente de “cómo la globalización implica la creciente autoridad de vocabularios técnicos y económicos y sistemas de conocimiento experto que intentan gestionar problemas globales a fin de obtener soluciones óptimas”¹²⁸ y ha caracterizado, críticamente, a estas “nuevas formas de poder –mundial, informal y legítimo– “como la nueva soberanía”.¹²⁹

El debate sobre el Derecho internacional consuetudinario ha sido, más recientemente, desarrollado por el minucioso y extenso examen sobre la “perspectiva preceptiva” del Derecho internacional consuetudinario de Gulati y Bradley.¹³⁰ Esta aproximación, que se ha visto beneficiada por la tradicional preocupación de las corrientes del Tercer Mundo (o Sur Global) con el Derecho internacional consuetudinario,¹³¹ destaca el paradójico

tual” (2007) *Revista Internacional de Pensamiento Político* 209.

128. Martti Koskenniemi, “Conclusion: Vocabularies of sovereignty – powers of a paradox” in Hent Kalmo and Quentin Skinner (eds). *Sovereignty in Fragments – The Past, Present and Future of a Contested Concept*, (Cambridge University Press, 2010) p. 239.

129. *Ibid.*

130. C A Bradley & M Gulati, “Withdrawing from International Custom” (2012) 120 *Yale Law Journal*, 202 Bradley es un conocido experto el Derecho de las Relaciones Exteriores de Estados Unidos. Curtis A. Bradley, *International Law in the U.S. Legal System* (Oxford University Press, 2013).

131. Ello no debe resultar sorprendente ya que el análisis del Derecho internacional consuetudinario ha sido un *locus classicus* de la doctrina jurídica internacional de autores adscritos a las llamadas Corrientes del Tercer Mundo desde las décadas descolonizadoras, Véase e.g. *International Law from Below: Development, Social Movement and Third World Resistance* (Cambridge University Press, 2003).

hecho de que los Estados pueden retirarse de los tratados, y no puedan hacerlo del Derecho internacional consuetudinario tras la formación del mismo; es decir, cuando su posibilidad de constituirse como “objetores persistentes” a la formación de la norma ha transcurrido. En estos casos –explican estos autores– a los Estados se les deja, únicamente, con la posibilidad de violar “la regla o entrar en un tratado que desplaza a la norma entre las partes del tratado”¹³². Tal perspectiva analítica de la costumbre internacional termina (a pesar de hallarse presentada como “orientada a una mejor comprensión de su operatividad”) proponiendo más espacio para una “visión por defecto” de algunas categorías en la teoría del Derecho internacional consuetudinario y, en buena medida, amplía el arsenal de racionalizaciones unilaterales para la opción de exclusión voluntaria de normas específicas del Derecho internacional consuetudinario. También, recientemente, haciendo retroceder el reloj de la teoría jurídica internacional a debates del período de entre-guerras sobre la naturaleza y fundación última del carácter obligatorio de las normas jurídicas internacionales, Goldsmith y Levinson han intentado re-problematizar la teoría jurídica basada en el consentimiento del Derecho internacional en su reconciliación con la soberanía estatal. Para ello, han desempolvado del papel de la soberanía en debates normativos sobre la validez de tanto el Derecho internacional, como el Derecho constitucional en el sistema federal estadounidense.¹³³ En el Derecho internacional en

132. *Ibid.*, 205

133. Jack Landman Goldsmith III and Daryl J. Levinson, “Law for States: International Law, Constitutional Law and Public Law” (2009) 122 *Harvard Law Review* 1791, 1840 – 46.

una Europa en proceso de integración regional, estos debates de entre-guerras se marchitaron hace tiempo y con ellos quedaron casi olvidadas las referencias introductorias al principio de *pacta sunt servanda* como “la piedra fundacional del Derecho internacional”,¹³⁴ o al análisis de las diferentes teorías de Derecho natural (moderado) presentadas por los teóricos de entreguerras para reemplazar al voluntarismo como fundamentación de la ciencia jurídica del Derecho internacional tras la primera Guerra Mundial en el marco de la Sociedad de Naciones. Esta problematización retro-teórica por parte del neo-soberanismo estadounidense del sistema de fuentes sobre la que se asienta la disciplina choca con el mandato establecido en el Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas a la Asamblea General de “promover la cooperación internacional en el campo del derecho internacional y promover el desarrollo progresivo del Derecho internacional y de su codificación”.¹³⁵ No resulta, en este contexto, sorprendente que el Juez Roberto Ago, quien fuera durante más de dos décadas, el relator especial de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, escribiese, ya en 1950, coincidiendo con el final de la Segunda Guerra Mundial, al reflexionar sobre agotamiento doctrinal de la cuestión de la fundamento del carácter vinculante de las normas jurídicas internacionales, que éste último “debía ser eliminado de la ciencia jurídica

ca”.¹³⁶ Entretanto, en marcado contraste con esta nueva perspectiva soberanista, la literatura jurídica internacional asentada en Europa ha continuado, en parte bajo el influjo de la atracción de la noción del constitucionalismo en los debates jurídicos de la UE, a elaborar teorías sobre la constitucionalización del orden jurídico internacional. Este vocabulario del constitucionalismo internacional, que, en ocasiones, sitúa a los derechos humanos como el alfa y el omega de la soberanía¹³⁷ puede ser, asimismo, descrito como “la cosecha de las semillas doctrinales plantadas tras la Segunda Guerra Mundial en el terreno abonado por los debates de entreguerras”.¹³⁸

Las perspectivas epistemológicas y desafíos generados por perspectivas metodológicamente sustentadas en la teoría de la elección racional, la teoría de juegos y de Derecho y la Economía (*Law and Economics*) son, en amplia medida, muestra del proceso de creciente inter-disciplinarización de los estudios jurídicos internacionales. Estas metodologías han contribuido a revitalizar los debates sobre el Derecho Internacional consuetudinario en la academia jurídica estadounidense en EE.UU. durante la última década filtrándose en la interpretación constitucional. De otra parte, la ya destacada re-problematización por parte de los nuevos soberanistas de la teoría basada en el consentimiento re-fuerza al paralelo desdén mostrado en la

134. J.B. Whitton, “La règle “pacta sunt servanda”, (1934) *Recueil de Cours de l'Academie de Droit International*, 177.

135. El Artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas fue la base jurídica de la creación de la Comisión de Derecho Internacional por parte de la Resolución 174 de la Asamblea General (1947).

136. Roberto Ago, *Scienza giuridica e Diritto Internazionale* (Giuffrè ed. 1950), 99.

137. Véase, e.g. Anne Peters “Humanity as the Alpha and Omega of Sovereignty” (2009) *20 European Journal of International Law* 3 pp. 513-544.

138. Ignacio de la Rasilla, “At King Agramant’s Camp – Old Debates, New Constitutional Times” (2010) *International Journal of Constitutional Law* pp. 580-610

doctrina jurídica estadounidense por el carácter anti-democrático del Derecho internacional en vista de la composición no siempre democrática de los actores que participan en la formación del mismo y el riesgo consiguiente, como ya destacamos, de aceptar la cristalización de obligaciones internacionales de naturaleza supranacional sobre los procesos domésticos democráticos.¹³⁹

En efecto, la fuente de lo que el antiguo Presidente de la Sociedad Americana de Derecho Internacional denominó, durante la presidencia de G.W. Bush, un “movimiento de alejamiento de las instituciones”¹⁴⁰ se basa en la “contestación de virtualmente cualquier aspecto de la tradición Grociana”¹⁴¹ del Derecho Internacional debido a la disyunción “vertical” existente entre el Derecho internacional y el imperio del Derecho a nivel nacional. Un trabajo reciente de Delahunty y John Yoo, célebre por su implicación en la redacción de los memoranda sobre la tortura durante su paso por el Departamento de Justicia durante la Administración de G.W. Bush, permite ilustrar esta tendencia. Se trata de una perspectiva dirigida contra una comprensión del proyecto kan-

tiano como injerto en el proyecto de una “constitución cosmopolita” que Yoo asocia con los trabajos de Jurgen Habermas. Yoo, en efecto, caracteriza la perspectiva de Habermas sobre “un mundo federalista kantiano como el futuro para la comunidad internacional de estados”¹⁴² como una perspectiva “fundamentalmente errónea”.¹⁴³ Por el contrario, para Delahunty y Yoo, “Habermas se halla fundamentalmente equivocado sobre la naturaleza de las Naciones Unidas y le ha, por tanto, designado un papel en la protección de la seguridad global y la promoción de los Derechos humanos que Naciones Unidas carece de capacidad real para llevar a cabo”.¹⁴⁴ Ello es así, en opinión de Yoo, porque las “Naciones Unidas no se parecen, en nada, a un sociedad de estados liberales democráticos de tipo kantiano, y no podrían servir la causa de la paz global en el modo que Kant concibiese que tal tipo de sociedad haría”.¹⁴⁵ Por el contrario, arguyendo sobre la base de un particular análisis de la teoría de la paz democrática, Yoo y Delahunty se postulan, a favor de la “promoción de la democracia” como alternativa a la que consideran la “visión utópica de una república mundial o federación fundada en una constitución cosmopolita internacional”¹⁴⁶ de las actuales instituciones internacionales. Yoo, que se refiere a la OTAN como “una verdadera liga kantiana de democracias”,¹⁴⁷ considera que “Estados Unidos debe liderar una sociedad mundial de democracias”

139. Véase, e.g. Jack L. Goldsmith & Eric Posner, *The Limits of International Law* (Oxford University Press, 2005), 205-244.

140. José Alvarez, *International Organizations as Law-Makers* (Oxford University Press, 2005) 631. Véase writing about the League of Nations after the 1st WW, David Kennedy, “The Move to Institutions” (1987) 8 *Cardozo Law Review*, 841.

141. *Ibid.*, 288. Véase e.g. sobre la tradición grociana en Derecho internacional, Hedly Bull, Benedict Kingsbury and Adam Roberts (Eds.) *Hugo Grotius and International Relations* (Oxford University Press, 1990) o Randall Lesaffer, “The Grotian Tradition Revisited: Change and Continuity in the History of International Law”, (2002) 73 *British Yearbook of International Law*, 103

142. *Ibid.*, at 438.

143. Robert J. Delahunty and John Yoo “Kant, Habermas and the Democratic Peace” (2010) 10 *Chicago Journal of International Law*, 438.

144. *Ibid.*, at 454.

145. *Ibid.*, at 454.

146. *Ibid.*, en p- 459.

147. *Ibid.*, en p.456.

aunque, “obviamente, contemplándola como una alternativa a las Naciones Unidas”.¹⁴⁸ De acuerdo a estos autores, “la universalidad de las Naciones Unidas no asegura en absoluto que los intentos de promover la paz y la seguridad internacional a través de su acción sean obstaculizados” y “ninguna reforma probable de las Naciones Unidas cambiará ese hecho”.¹⁴⁹

Este es el trasfondo que informa, de acuerdo al análisis de Dellavalle, “la política de privilegio de la voluntad unilateral que debe prevalecer desde una perspectiva normativa porque se trata de la única política que se halla legitimada por el pueblo”.¹⁵⁰ Este paradigma “holístico-particularista”, que es presentado como “una firma y apodíctica defensa de los intereses nacionales”,¹⁵¹ es una línea de pensamiento que se encauza, en paralelo, en el marco de la categoría de “instrumentos de protección democrática”¹⁵² ante lo que Posner ha denominado “los peligros del legalismo global”.¹⁵³ Estos peligros son entendidos como la “falsa perspectiva de que la ley y las instituciones jurídicas internacionales pueden mantener el orden y resol-

ver disputas políticas”¹⁵⁴ y con aquellos asociados con una sobre-estimación de la efectividad del Derecho internacional que es, por estos autores de inspiración neo-realista, considerado un factor secundario respecto de otros factores de la cooperación multi-estatal.

Este trasfondo académico general ha sido traído a un primer plano como un posible contexto en el que situar el hecho de que como ha señalado el actual representante de Estados Unidos en el Comité de Derechos Humanos “los argumentos de categórica ignorancia del derecho internacional en la interpretación constitucional se apoyan (en los Estados Unidos) en miedos exagerados –miedo a la dominación jurídica extranjera, miedo al activismo judicial, miedo a lo desconocido–”.

¹⁵⁵ Aproximar, brevemente, este paisaje académico de fondo al primer plano, ha intentado mostrar cómo, junto al peso de lo que J. Trachmann denomina un “*lobby* en favor del Derecho internacional” en Estados Unidos (que J. Trachman analiza a través de “una adaptación del modelo Grossman-Helpman del proceso de la acción grupos de presión en una teoría racionalista de adherencia y cumplimiento del Derecho internacional que toma en consideración el proceso de decisión política interna de los estados), existe, asimismo, “un *lobby* anti-internacional” en los Estados Unidos de América. Es una lástima que el desarrollo por parte de Trachman de “un paradigma de ciencia social funcionalista”,¹⁵⁶ a pesar

148. *Ibid.*, en p.456.

149. *Ibid.*, en p. 456. Véase, asimismo, Michael Glennon “Platonism, Adaptivism, and Illusion in UN Reform (2006) 6 *Chicago Journal of International Law*, 627.

150. Sergio Dellavalle, “The Necessity of International Law Against the A-normativity of Neo-Conservative Thought” in *Progress in International Law*, Miller, Russell, Bratspies, Rebecca (eds.), Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2008, 95-118.

151. *Ibid.*,110.

152. Alvarez, *op. cit.* p. 631.

153. Eric Posner, *The Perils of Global Legalism* (University of Chicago Press, 2009)

154. *Ibid.*

155. Neuman, *op.cit.* p. 23.

156. Esta es una concepción que acepta que el Estado es contingente, y que el Derecho internacional tiene a forzar –de hecho, a moldear– a los Estados sobre la base de la eficiencia funcional” *Ibid.*, p. 18 .

de su retórica abstracta e higiénica de variables sociales científicas y ecuaciones matemáticas, únicamente dedique un par de líneas a mencionar que “en la medida que un *lobby* anti-internacional sea más fuerte que el *lobby* internacional, la variable del grupo de presión en pro del Derecho internacional en Estados Unidos sería simplemente negativa”.¹⁵⁷

En conclusión, aunque los rasgos metodológicos de cierta doctrina jurídica internacional estadounidense disten mucho de hacer de ella la única literatura académica disponible hoy en día que califica críticamente a las instituciones internacionales como un “Estado global en formación”,¹⁵⁸ el objetivo de este análisis sumario ha sido ampliar el contexto de fondo en el que actualmente se produce el debate sobre el uso de fuentes jurídicas transnacionales en la interpretación constitucional por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América que he decidido traer a colación en vista de la ausencia de cualquier referencia a la práctica jurídica comparada o al Derecho internacional en el razonamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia *United States v. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, et al.* de 26 de junio del 2013 que declara la inconstitucionalidad de ley federal MOMA que hasta entonces limitaba el significado del término matrimonio a “una unión legal entre un hombre y una mujer” en los Estados Unidos de América.

157. *Ibid.*, p. 58.

158. B.S. Chimni, “International Institutions Today. An Imperial Global State in the Making”, (2004) 15 *European Journal of International Law* 1.

7. Conclusión

Este estudio ha reflejado la existencia de una poderosa argumentación contra la referencia a fuentes jurídicas transnacionales en la interpretación constitucional. Esta argumentación entre-mezcla concepciones democráticas de estatalidad e ideales democráticos en un empleo estratégico de la soberanía como argumento y pretensión de autoridad jurídica.¹⁵⁹ El objeto de esta argumentación es establecer una nueva frontera entre las fuentes jurídicas transnacionales y la sustitución del proceso legislativo a través de desarrollo del Derecho por parte de los jueces; una frontera que los jueces en sistemas de *Common Law*, encuentran, por definición, difícil de identificar. El uso estratégico de la soberanía como argumento, y como pretensión de autoridad jurídica rechaza la referencia a fuentes jurídicas extranjeras y a la práctica jurídica comparada porque interpreta que este modo transnacional de interpretación constitucional amenaza con poner en peligro el principio supremo de que la constitución debe ser las más “alta autoridad constitucional”¹⁶⁰ y que, sostener lo contrario, vulnera la base misma del “poder soberano” que no es otro que el Derecho de crear Derecho en un territorio particular”.¹⁶¹ Inherentemente

159. Hent Kalmo and Quentin Skinner (Eds.) *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept* (Cambridge University Press, 2010).

160. Rabkin *Law Without Nations, Why Constitutional Government*, p.44 For a good analysis, Williams, Michael, C., “What is the National Interest? The Neoconservative Challenge in IR Theory”, *European Journal of International Relations*, Vol. 11 (3) pp. 307-337.

161. Véase e.g. Jeremy Rabkin, *Law Without Nations, Why Constitutional Government* (Princeton

mente asociada a esta perspectiva estatista se halla el argumento clásico de que “derecho es un concepto relativo” –que debe proceder de algún lugar, poseer un origen, un pedigrí de apoyo institucional y hallarse anclado a un marco jurisdiccional preciso– o, dicho de otro modo, que una ley no puede existir “flotando libre de toda proveniencia institucional en el sistema jurídico de un Estado”.¹⁶²

La polémica vivida durante la última década en torno a esta materia está poniendo al Tribunal Supremo estadounidense más cerca de lo que el juez Breyer ya anticipó sería la tarea de “desarrollar una doctrina jurisprudencial sobre cuándo los jueces estadounidenses podrían tomar en consideración una ley extranjera.”¹⁶³ En efecto, no debe descartarse que las actuales restricciones legislativas que atraviesan muchos estados americanos en esta sede hayan de terminar por generar un intento dogmático de racionalización de las referencias permisibles al Derecho extranjero, la práctica jurídica comparada y Derecho internacional en el Tribunal Supremo estadounidense. A la luz de la práctica de redacción de sentencias y circulación de opiniones que habría de contener tal doctrina jurisprudencial en el Tribunal Supremo, es fácil predecir que ésta sería una materia muy divisiva y contenciosa de

determinar entre los jueces que lo componen.¹⁶⁴

Sin embargo, si tomásemos en serio la predicción del juez Breyer, aún quedaría por examinar qué forma asumiría tal doctrina jurisprudencial y, en caso de emerger, si ésta potenciaría o restringiría el uso de tal práctica interpretativa por parte del Tribunal Supremo estadounidense. De ser así, sería interesante analizar qué posible efectos tendrían tal doctrina jurisprudencial en otros sistemas constitucionales. Entre éstos, cabría, posiblemente, incluir la extrapolación de la temática a la divergencia de la práctica en torno a esta materia entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la UE así como entre la posición de éstos y la doctrina del Tribunal de justicia de la Unión europea en un escenario post-Lisboa de crecientes desarrollos del Derecho de las Relaciones Exteriores de la UE.

University Press, 2007) 38

162. Véase Waldron, op.cit, en p.6 por referencia a *Erie Railroad Co. v Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938)

163. “A Conversation Between U.S. Supreme Court Justices. The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer” (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 519.

164. Véase e.g. David M. O’Brien, *Storm Center, The Supreme Court in American Politics* (W.W. Norton Co., 9th 2011) especialmente el capítulo V “Deciding Cases and Writing Opinions” pp. 241-212