

**V PREMIO TRC**



## V PREMIO «TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL» PARA JÓVENES CONSTITUCIONALISTAS

En el número 38 de nuestra revista se hicieron públicas las Bases de éste V Premio para artículos científicos de jóvenes constitucionalistas, al que se presentaron catorce trabajos inéditos y sólo firmados con seudónimo (con el nombre del autor en plica cerrada).

Constituido el Jurado por los profesores de la disciplina: *D. Óscar Alzaga Villaamil* (Catedrático emérito de Derecho Constitucional de la UNED y Director de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional*) que actuó como Presidente, *D. Luis Aguiar de Luque* (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III), *D. Guillermo Escobar Roca* (Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá de Henares), *Dña. Piedad García-Escudero Márquez* (Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid), *Dña. Pilar Mellado Prado* (Profesora Titular de Derecho Constitucional y Directora del Departamento de Derecho Político de la UNED), *D. David Ortega Gutiérrez* (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos), y *D. Juan José Solozábal Echavarría* (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid), y *D. Juan Luis de Diego Arias* (Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la UNED y Vicesecretario de *Teoría y Realidad Constitucional*) que actuó como Secretario con voz pero sin voto, se produjo la deliberación y la votación subsiguiente.

Mediante votación secreta y por unanimidad se acordó otorgar el primer premio al siguiente trabajo:

- «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», cuyo autor, abierto el sobre de la plica es *D. Ángel Aday Jiménez Alemán*.
- Junto a ello se acordó otorgar un accésit al trabajo de *D. Germán Teruel Lozano* «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español».

Conforme a lo establecido en las Bases, amén de retribuir económicamente al autor premiado, *Teoría y Realidad Constitucional* se honra en publicar a continuación el trabajo seleccionado, transmitiendo al autor la felicitación más sincera de nuestro Consejo de Redacción.



# UNIVERSALISMO Y PARTICULARISMO EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: SOBRE SU USO (Y ABUSO) DE LOS PRECEDENTES EXTRANJEROS

ÁNGEL ADAY JIMÉNEZ ALEMÁN

*Profesor ayudante doctor de Derecho constitucional  
Universidad de Vigo*

## SUMARIO

I. Introducción II. Análisis empírico del uso del derecho comparado por el TC.  
III. Un necesario esbozo teórico. IV. Análisis teórico del uso de los precedentes  
extranjeros en las resoluciones del TC. V. A modo de conclusión: Una cuestión  
abierta y viva VI. Anexos.

## I. INTRODUCCIÓN

El recurso al derecho comparado, incluyendo precedentes extranjeros, por parte de los tribunales, en concreto por altos tribunales y especialmente aquellos que ejercen la jurisdicción constitucional, no es un fenómeno nuevo<sup>1</sup>. Tampoco lo es para nuestro Tribunal Constitucional (TC), que lo hizo bien pronto, en su cuarta sentencia<sup>2</sup>, y lo ha venido haciendo de una forma sostenida, aunque muy moderada, hasta el año en curso<sup>3</sup>. Sin embargo, no ha sido hasta las últimas dos décadas cuando se ha producido un incremento exponencial de los trabajos

1 Bobek, M., *Comparative reasoning in European Supreme Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 9-18.

2 La STC 4/1981, de 2 de febrero, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversas disposiciones del Texto Articulado y Refundido de la Legislación de Régimen Local. En el FJ 1, al abordar su competencia para controlar la constitucionalidad de normas preconstitucionales, el Tribunal se reafirma en las decisiones favorables de los tribunales constitucionales italiano y alemán.

3 A la fecha de cierre de este trabajo (14 de abril de 2017), la última resolución que ha citado derecho comparado en sus fundamentos jurídicos es la STC 8/2017, de 23 de febrero. Se estima un recurso de amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El demandante de amparo había interpuesto una reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, absuelto tras haber estado bajo prisión preventiva. Al explicar el Tribunal su doctrina acerca de esta

doctrinales dedicados a analizar esta cuestión<sup>4</sup>. Una auténtica avalancha que paradójicamente apenas ha llegado a la doctrina española, más allá de la traducción de la bien conocida obra de Vergottini<sup>5</sup>, de un apartado en un trabajo del actual magistrado del TC Juan Antonio Xiol Ríos<sup>6</sup>, y de tres artículos, uno de María Soledad Santana Herrera (de ámbito limitado, la doctrina del Tribunal Constitucional de 2005 a 2007)<sup>7</sup>, una reseña por Luis López Guerra<sup>8</sup> y el muy reciente de Pedro Tenorio<sup>9</sup>.

Juan Antonio Xiol Ríos aportó siete ejemplos de sentencias del TC cuyos fundamentos jurídicos contienen menciones a resoluciones de órganos jurisdiccionales extranjeros. A su vez, Luis López Guerra afirma que nuestro supremo interprete constitucional prácticamente «mimetizó» las decisiones de otros tribunales constitucionales sin explicitarlo, como en la sentencia sobre la Ley del Aborto de 1985. Además, aporta 11 ejemplos de cita explícita de resoluciones de los tribunales constitucionales alemán e italiano y del supremo estadounidense. Por su parte, Pedro Tenorio encontró menciones de Derecho comparado (no sólo a resoluciones) en los fundamentos jurídicos de 51 resoluciones del TC. En este trabajo se aportan datos referentes a 88 menciones a Derecho comparado en los fundamentos jurídicos. Y de estas, 34 son referencias a decisiones de órganos jurisdiccionales de ordenamientos extranjeros.

Por ínfimo que estadísticamente sea este fenómeno, su relevancia doctrinal es indiscutible. Es muestra de fenómenos relacionados con la evolución en la producción del derecho y la posición que el derecho jurisprudencial viene adquiriendo en nuestro ordenamiento jurídico. Plantea cuestiones metodológicas sobre cómo crean derecho los tribunales, sobre el uso de los precedentes extranjeros y del derecho comparado en y por los tribunales y la conveniencia y

cuestión, afirma que en las legislaciones de Alemania, Austria, Francia e Italia pueden hallarse disposiciones semejantes a la contenida en el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>4</sup> Serán analizados más adelante. Baste decir aquí que los manuales clásicos del Derecho comparado no se preocuparon por esta cuestión (DAVID, R., *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1969; Zweigert, K., y Kötz, J., *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, México D.F., 2002), ni siquiera los comparatistas radicados en contextos acostumbrados a este fenómeno (Gutteridge, H. C., *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1949).

<sup>5</sup> Si bien es cierto que la parte mejor conocida es la primera, la dedicada al análisis de las interrelaciones jurisdiccionales entre ordenamientos supranacionales y estatales. VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones* (Prólogo de J. García Roca), Civitas-Thomson, Madrid, 2011.

<sup>6</sup> Xiol Ríos, J. A. «El diálogo entre Tribunales» en *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 29.

<sup>7</sup> SANTANA HERRERA, M. S., «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 14, 2010.

<sup>8</sup> LÓPEZ GUERRA, L., «Contribution to a Constitutional Court Judges Roundtable», *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005.

<sup>9</sup> TENORIO, P., «Derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 108, 2016.

las consecuencias de estos usos. Cuestiones que apenas han sido abordadas por nuestra doctrina.

Este número de resoluciones prueba que nuestro TC no ha sido ajeno a la tendencia muy extendida en los tribunales constitucionales y supremos de las democracias avanzadas a utilizar el derecho comparado para fundamentar sus decisiones, como parte de una comunidad global de órganos jurisdiccionales internacionales y nacionales<sup>10</sup>, siguiendo a Slaughter, una de las redes de gobernanza del orden mundial del siglo XXI<sup>11</sup>.

Los miembros de los órganos jurisdiccionales internacionales y estatales, sobre todo aquellos que desarrollan control de constitucionalidad, trabajan en red, intercambian y citan doctrina de otras jurisdicciones estatales o internacionales, lo que produce una suerte de doctrina jurisprudencial constitucional común en un muy embrionario sistema jurídico global. Este sistema estaría compuesto por redes horizontales y verticales de intercambio de información, en la que el derecho se armoniza e incluso se aplica, a través de dinámicas como la fertilización constitucional recíproca.

No hay duda de que con mayor o menor intensidad nuestro Tribunal es parte activa de esta red de tribunales. Los encuentros entre magistrados y letrados<sup>12</sup>, o su participación en la Comisión de Venecia, al igual que en otros foros dedicados a la justicia constitucional son prueba de ello<sup>13</sup>. Más allá de meros actos y visitas institucionales, se celebran visitas de trabajo y seminarios bilaterales. Además, nuestro Tribunal se preocupa de proyectar su doctrina más relevante internacionalmente, traduciendo al inglés y en menor medida al francés una pequeña parte de sus resoluciones, pero en progresivo aumento. Por lo que se puede afirmar que nuestro Tribunal pertenece y dedica atención a su posición en la red transnacional de jueces constitucionales, la cual ha sido considerada como una comunidad epistémica<sup>14</sup>.

Resultaría paradójicamente contradictorio que todo esta dedicación e interés por formar parte activamente de las diferentes redes internacionales de altos tribunales se quede en una mera cuestión de diplomacia jurisdiccional y que no se

10 SLAUGHTER A.-M., «Judicial Globalization», *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000.

11 Slaughter A.-M., *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 65 y ss.

12 El sitio web del TC, así como sus memorias, dan buena cuenta de ello, como la participación en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales, la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, la Conferencia de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/03-Seminarios-internacionales-sede.aspx>

13 (Último acceso 10 de marzo de 2017).

14 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/resoluciones-traducidas-ingles.aspx> (último acceso 10 de marzo de 2017). El hecho de que los tribunales constitucionales y supremos que ejercen jurisdicción constitucional se preocupen de traducir sus sentencias más relevantes a otros idiomas, incluido el inglés, ha sido destacado como un requisito previo, un idioma común, para la relación entre tribunales. Vid. SOMMER, U., FRISHMAN, O., «Translating Justice: The International Organization of Constitutional Courts», *Law & Policy*, 38- 2, 2016.

trasladase a la doctrina. En este trabajo se podrá observar una ínfima parte de los frutos doctrinales de estos intercambios.

Se trata de usos totalmente voluntarios por parte del Tribunal a la hora de interpretar la norma fundamental con el objetivo de resolver un conflicto estatal. A veces es inducido por las partes a utilizar este recurso, pero no se trata de un uso normativamente impuesto (tampoco prohibido), sino una consideración unilateral a una solución adoptada por otro órgano jurisdiccional de un nivel semejante en el ordenamiento de otro Estado, siempre bajo la absoluta discrecionalidad argumentativa de los jueces.

Por mucho que nuestro Tribunal haya afirmado que utiliza exclusivamente nuestra Constitución como canon de constitucionalidad, no ha podido evitar su uso como instrumento hermenéutico. El ejemplo paradigmático lo encontramos en la STC 12/2008, de 29 de enero<sup>15</sup>, en la que al tiempo que afirma que la Constitución española es el único canon de constitucionalidad (FJ2), nuestro alto Tribunal, aparte de atender al Derecho internacional en relación con la interpretación de los derechos fundamentales como establece el art. 10.2), observa la doctrina jurisprudencial extranjera aportada y discutida por las partes en el proceso [tanto por el órgano judicial *a quo* (A3), como por la Abogacía del Estado (A7) y los recurrentes (A10)]. Y la utiliza para apartarse de ella dada una «diferencia fundamental» entre los ordenamientos jurídicos francés, italiano y español: la ausencia en los dos primeros de una disposición constitucional equiparable a nuestro art. 9.2 CE. El derecho comparado, pero no las referencias a sentencias extranjeras, también está presente en el voto particular suscrito por el magistrado Jorge Rodríguez Zapata a esa sentencia. En el recuerda como en otros Estados de nuestro entorno se realizaron reformas constitucionales antes de introducir cuotas en la actividad política.

Llama la atención que esta actividad no se haya trasladado a un debate ni doctrinal ni en sede jurisdiccional. Por su puesto que la doctrina española tradicionalmente ha prestado atención al Derecho constitucional comparado, ejemplo de ello son obras clásicas como el *Derecho constitucional comparado* de Manuel García Pelayo<sup>16</sup>. Y sigue siendo atendido por nuestra doctrina<sup>17</sup>. Pero esta cuestión no ha recibido atención.

15 Fruto de una cuestión de inconstitucionalidad y de un recurso de inconstitucionalidad en contra de la nueva redacción del artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (y de la modificación de otros artículos de esta Ley Orgánica), tras la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres al considerar que era contraria al derecho a la igualdad (art. 14 CE) y al derecho a la participación política (art. 23 CE), entre otras disposiciones constitucionales. El Tribunal declaró que la exigencia de una composición equilibrada en las listas electorales para los órganos de representación política estatal, autonómico o local, con un mínimo del 40% de los candidatos de cada sexo en el total de la lista y en cada tramo de cinco miembros no era inconstitucional.

16 García Pelayo, M., *Derecho constitucional comparado*, Alianza, Madrid, 1999.

17 Recientemente se ha publicado el trabajo coordinado por Diego López Garrido, *Derecho constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Y por más que se pueda concluir que la escasísima repercusión pueda ser interpretada como una aceptación pacífica de este uso, se puede apreciar que son muchos los dilemas que plantea, desde cuestiones de técnica interpretativa, por no hablar de su conveniencia y aún más, de su legitimidad. Esta aparente aceptación pacífica de este uso resulta aún más sorprendente si se observa los acalorados debates que ha generado en otras jurisdicciones. Basta por ejemplo acudir al famoso debate entre los jueces Breyer y el fallecido Scalia en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana de Washington el 13 de enero de 2015<sup>18</sup> en relación a su uso por parte del Tribunal Supremo a raíz de las sentencias *Atkins v Virginia* de 2002<sup>19</sup>, *Lawrence v Texas* en 2003<sup>20</sup> y *Roper v Simons* en 2005<sup>21</sup>. También la jueza Ruth Bader Ginsburg se posicionó aportando argumentos a favor, además de recordar lo arraigado que estaba en el sistema jurídico estadounidense el recurrir al derecho comparado y a los precedentes extranjeros. Afirmó que, siempre que se tengan en cuenta y que se parta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos y las limitaciones del conocimiento y comprensión, este método puede aportar soluciones a problemas comunes o similares, u operar como una guía acerca de la conveniencia de adoptar ciertas decisiones<sup>22</sup>. Sin olvidar que en la actualidad es imposible constreñir la posibilidad de consultar cualquier obra jurídica, realizada por autores nacionales o extranjeros, incluyendo las resoluciones de otros tribunales. El debate entre originalistas/soberanistas y universalistas/cosmopolitas se ha desarrollado con gran intensidad a raíz de estas sentencias<sup>23</sup>, a pesar de que

18 Aunque se pueden encontrar fácilmente transcripciones de este debate e incluso acceder a alguna grabación, *vid.* NORMAN DORSEN, «The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer», *International Journal of Constitutional Law* 3-4, 2005.

19 Esta sentencia declaró inconstitucional la ejecución de incapacitados psíquicos, afirmando en la argumentación que esta práctica era condenada mayoritariamente por la comunidad internacional.

20 En este caso el Tribunal entendió que una ley del Estado de Texas que tipificaba penalmente la práctica de la sodomía, así como otros actos sexuales entre personas del mismo género era contraria a la libertad e intimidad del demandante, y que era parte de una libertad amparada por muchos ordenamientos de otros países.

21 Se declaró inconstitucional la imposición de la pena de muerte para menores de 18 años que haya sido condenados por asesinato. De nuevo la opinión mayoritaria se apoyó en que la mayoría de los Estados rechazan la pena de muerte para menores de edad.

22 BADER GINSBURG, R., «A Decent Respect to the Opinions of [Human]Kind»: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication», *American University International Law Review*, 26-4, 2011.

23 Sumariamente, quienes se posicionan en contra de esta práctica suelen basarse en el excepcionalismo americano, las condiciones sociales, culturales y políticas de los Estados Unidos serían tan idiosincráticas que desaconsejan cuando no impiden la referencia a otros ordenamientos, además de suponer una vulneración de la soberanía y la democracia. El debate trascendió los ámbitos jurisdiccionales y académicos, llegándose a presentar proposiciones de ley en el Congreso de los Estados Unidos que prohibían al Tribunal Supremo y a cualquier otro tribunal acudir a cualquier fuente externa al ordenamiento jurídico estadounidense (no sólo los precedentes extranjeros, sino también el Derecho internacional público). *Vid.* SEIPP D.J., «Our law, their law, history, and the citation of foreign law», *Boston University Law Review*, 86, 2006. Sobre este debate, en castellano, se puede acudir a Toni M. Fine «Soberanistas o cosmopolitas: EEUU y las leyes extranjeras», en Rafael Domingo, Martín Santiviáñez y Aparicio Caicedo (coordinadores), *Hacia un Derecho Global: Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*, Editorial

tampoco en el Tribunal Supremo estadounidense ésta sea una cuestión ni tan novedosa ni tan infrecuente<sup>24</sup>.

La intensidad ha sido tal que ha llegado a las audiencias en el Senado estadounidense de ratificación de la nominación de nuevos jueces al Tribunal Supremo. Cuestiones en relación con esta materia se le plantearon a John Roberts, Samuel Alito o Elena Kagan. Ésta última reconoció ser partidaria del recurso al Derecho comparado y los precedentes extranjeros como fuente de información e inspiración, comparables a una reseña o un artículo<sup>25</sup>. No consta que haya sido una cuestión abordada en las audiencias en nuestro Senado.

Lo cierto es que tampoco la influencia del Derecho extranjero en nuestros tribunales ha sido analizada en las obras de referencia internacionales<sup>26</sup>. Dadas estas ausencias, con este trabajo se busca arrojar luz sobre el cuándo, el cómo, y el porqué de este uso voluntario del derecho comparado, en concreto, de los precedentes de otros altos tribunales extranjeros. Se trata de un primer análisis para abordar en otro momento y lugar el debate acerca de su legitimidad. ¿Qué razones y a través de qué técnicas, llevan a nuestro interprete supremo de la constitución a observar el Derecho comparado, a reconocerlo y, voluntariamente, a dejarse influir?

Para ello, se propone comenzar por un análisis empírico, tanto del Derecho comparado (mucho más frecuente), como de los precedentes extranjeros (apenas un puñado en comparación con el derecho comparado, ya no digamos con toda la producción de resoluciones del Tribunal Constitucional). En cuanto a la metodología, se ha utilizado la base de datos jurisprudencial del Tribunal Constitucional a partir de búsquedas de palabras clave relevantes, contrastando la recuperación de datos con los trabajos anteriormente mencionados. Se ha procurado que esta muestra sea lo más amplia posible a través de una búsqueda sistemática, tratando de minimizar el margen de error. Tras un esbozo teórico en el que se recuperan elementos teóricos a los que la doctrina comparada acude, se analizarán las resoluciones del TC que mencionan precedentes extranjeros en sus fundamentos jurídicos aplicando estos elementos teóricos.

Aranzadi, Cizur Menor, 2006; Legarre, S.; Orrego, C., «Los usos del Derecho constitucional comparado y la universalidad de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 88, 2010. y Brito, R., «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret*, n° 2, 2010.

<sup>24</sup> Steven Calabresi junto con Dotson Zimdahl recogieron ejemplos de esta práctica durante los dos siglos del Tribunal, inaugurada por el legendario juez John Marshall en 1812 en *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136-37. Vid. CALABRESI, S. Y DOTSON ZIMDAHL, S., «The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and e Juvenile Death Penalty Decision», *William & Mary Law Review*, 47-3, 2005.

<sup>25</sup> BADER GINSBURG, R., *op. cit.* 22.

<sup>26</sup> Entre los manuales consultados, solo uno incluye un capítulo dedicado a España, y no se refiere a nuestros altos tribunales. REQUEJO ISIDRO, M., AND OTERO CRESPO, M. «Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21<sup>st</sup> Century», en Andenas M. and Fairgrieve, D., *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Finalizaré con unas conclusiones en las que espero aportar un muy humilde avance hacia la comprensión de este fenómeno en nuestra jurisdicción constitucional. Un auténtico problema de interpretación constitucional, el uso del Derecho comparado como técnica de interpretación constitucional, del que cada vez resulta más difícil huir, y que se ha posicionado como quinta técnica de interpretación a disposición del juez, como observó Haberle<sup>27</sup>. Sin que podamos olvidar que la legitimidad de las instituciones jurisdiccionales descansa en buena parte en la motivación de sus decisiones, exigida por el art. 120.3 CE.

## II. ANÁLISIS EMPÍRICO DEL USO DEL DERECHO COMPARADO POR EL TC<sup>28</sup>

Nuestro Tribunal se sitúa entre aquellos tribunales que explícitamente recurren al Derecho comparado, incluyendo precedentes extranjeros en la fundamentación jurídica y en los votos particulares, pero en muy raras ocasiones. La tendencia es equiparable a la de otros tribunales constitucionales en ordenamientos jurídicos de la familia del derecho civil como el alemán o el austriaco. O la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, excepcional entre los de la familia del *common law*, normalmente mucho más abiertos al uso de precedentes extranjeros: Namibia (el 93% de los casos contienen citas a precedentes extranjeros), Sudáfrica (52%) o Irlanda (de 1937 a 2012, 43,95%) o Canadá (39,7%)<sup>29</sup>. Este último, al igual que el Tribunal Constitucional Sudafricano, vienen siendo reconocidos por la literatura como los campeones del «libre-cambio» doctrinal de la jurisdicción constitucional. El artículo 39.1c) de la Constitución Sudafricana de 1996 sigue siendo excepcional al habilitar expresamente a los tribunales a considerar Derecho extranjero<sup>30</sup>. Y Canadá ha sido estudiada como superpoder constitucional<sup>31</sup>.

A continuación, se observará no sólo el número de resoluciones que mencionan Derecho comparado, sino la ubicación de estas menciones en las resoluciones,

27 Sobre las posibilidades y límites del Derecho comparado, HABERLE, P., «Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective», en PERNICE I., KOKOTT, J. & SAUNDERS, C. (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 66.

28 Para la comprobación del análisis ofrecido en este epígrafe véase los datos plasmados en el anexo recogido en el epígrafe VI de este trabajo.

29 Groppi, T. and Ponthoreau, M.-C., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart, Oxford, 2013, pp. 412-413.

30 Klug, H., *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2010, pp. 78-82.

31 LAW, D. S. & VERSTEEG, M., «The Declining Influence of the United States Constitution», *New York University Law Review*, 87, 2012.

en qué procesos, las materias discutidas, y qué ordenamientos estatales son los más referenciados<sup>32</sup>.

Hay que advertir que las referencias son tanto a preceptos constitucionales, como legislativos y sentencias. Abundan referencias al Derecho comparado de forma genérica. Y la mayor parte de las referencias, ya sea al Derecho comparado en general como específicamente a precedentes extranjeros se van encontrar en casos relacionados con derechos fundamentales. Lo cual encaja con el carácter abierto de estos preceptos, normas redactadas como principios como analizó Alexy<sup>33</sup>. Y podrían ser buenos ejemplos del constitucionalismo genérico<sup>34</sup> y constitucionalismo global<sup>35</sup> contemporáneo.

## II.1. El Derecho comparado en las resoluciones del TC

Este primer apartado se incluye como contexto, dado que las resoluciones que se analizarán desde una perspectiva teórica son aquellas en las que el tribunal ha utilizado como argumento resoluciones de otros tribunales.

Las referencias al Derecho comparado aparecen en los antecedentes de al menos 127 resoluciones, en los fundamentos de 93 y en los votos particulares de 47. Las podemos encontrar en todo tipo de procesos: recursos de amparo (100), recursos de inconstitucionalidad (59) y recursos previos de inconstitucionalidad (3), cuestiones de inconstitucionalidad (38), conflictos de competencia (9), control de constitucionalidad de tratados internacionales (1), impugnaciones de disposiciones autonómicas (2) y recursos de súplica (7).

En cuanto a la materia, como ya se ha adelantado, las referencias al Derecho comparado son más comunes en los procesos que entienden sobre derechos fundamentales (140), frente a cuestiones competenciales (44), aspectos de derecho procesal constitucional (22), orgánicos (11), y fuentes del derecho (4).

El Tribunal Constitucional recurre al Derecho comparado, así como los magistrados individualmente y todas las partes, tanto los órganos jurisdiccionales en el auto al elevar cuestiones de inconstitucionalidad, como los letrados de Cortes o los Servicios jurídicos de las Administraciones autonómicas en sus alegaciones, la

<sup>32</sup> Los datos son de elaboración propia, han sido contrastados con los trabajos anteriormente mencionados, y especialmente tratan de completar el análisis realizado por Pedro Tenorio teniendo en cuenta variables no observadas.

<sup>33</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, p. 482. y ss. Para una aproximación a esta cuestión en la jurisdicción española, *vid.* Díez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 41-45.

<sup>34</sup> LAW, D. S., «Generic Constitutional Law», *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, 23, 2004.

<sup>35</sup> LAW, D. S., VERSTEEG M., «The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism», *California Law Review*, 99, 2011.

Fiscalía General del Estado y la Abogacía del Estado. Aunque son estos quienes lo hacen con más frecuencia, al menos en 40 ocasiones.

¿Qué países son los que cuentan en y para nuestra jurisdicción constitucional?<sup>36</sup> Sin lugar a dudas Italia (65), Alemania (59), Estados Unidos (43) y Francia (28). Algo menos Austria (15), Portugal (15), Reino Unido (12), Canadá (11), Suecia (8), Bélgica (7), Suiza (6), Holanda (4), Argentina (4), Noruega (4), Australia (3), Dinamarca (2), Finlandia (2), Sudáfrica (2), Nueva Zelanda (1), la extinta República Democrática de Alemania (1), Colombia (1), Panamá (1), Bolivia (1), Guatemala (1), los países parte de la *Commonwealth* (1), Brasil (1), Pakistán (1), la Ciudad de México (1), Islandia (1), Eslovenia (1), Luxemburgo (1), Andorra, República Checa (1), y Liechtenstein (1).

Son abundantes las menciones genéricas en los fundamentos jurídicos y en los votos particulares. Esto no es obstáculo para que la mención al Derecho comparado acabe formando parte de la doctrina del tribunal y sea citada como parte de los precedentes (se han encontrado al menos 6 referencias de este tipo<sup>37</sup>).

## II.2. Los precedentes extranjeros en las resoluciones del TC

En al menos 44 ocasiones se ha mencionado precedentes extranjeros en los antecedentes de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En al menos 35 ocasiones se recogen precedentes extranjeros en los fundamentos jurídicos de las resoluciones. Y han sido mencionados en al menos 21 ocasiones en votos particulares.

Aparecen mencionados en todo tipo de procesos, ahora bien, es mucho más frecuente encontrarlos en recursos de amparo (40) que en recursos de inconstitucionalidad (22), o en cuestiones de inconstitucionalidad (12), por no decir conflictos (2), recursos previos de inconstitucionalidad (1) o controles previos de constitucionalidad de tratados internacionales (1).

La materia en discusión en la mayoría de las ocasiones, como es habitual como hemos visto anteriormente, son cuestiones relacionadas con derechos fundamentales (62). Muy lejos encontramos las referencias a cuestiones competenciales (16). Apenas se han encontrado citas cuando se tratan de materias de carácter orgánico (3), de fuentes del derecho (2) o de Derecho procesal constitucional (1, en concreto, sobre recusaciones).

Todos los actores, la Abogacía del Estado o los Servicios jurídicos autonómicos, la Fiscalía General del Estado, los diputados o senadores, los letrados de Cortes, los demandantes de amparo, los órganos judiciales al interponer sus respectivas

36 GLENSY, R.D., «Which Countries Count? Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority», *Virginia Journal of International Law*, 45-2, 2005.

37 Sentencias 225/1998, 105/2000, 192/2000, 48/2003, 123/2004 y 124/2014.

cuestiones de inconstitucionalidad, el propio Tribunal colectivamente o los magistrados individualmente mediante votos particulares, han recurrido a este instrumento en esta ocasión para reforzar sus argumentaciones.

Y cuando los operadores jurídicos intervinientes en procesos en la jurisdicción constitucional buscan inspiración en otros tribunales, la suelen encontrar mayoritariamente en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América (35)<sup>38</sup>, en el Tribunal Constitucional Federal alemán (34) y en la Corte Constitucional italiana (27). Con mucho menor frecuencia se pueden encontrar referencias a la doctrina del Consejo Constitucional francés (5), Tribunal Supremo de Canadá (3), Tribunal Constitucional austriaco (2), Tribunal Supremo del Reino Unido de la Gran Bretaña (2)<sup>39</sup> y los tribunales constitucionales, supremos o casacionales de Colombia, Eslovenia, Bélgica, Portugal, Argentina y Brasil (todos con una referencia).

Como sucedía en el apartado anterior, en muchas ocasiones las referencias pecan por su excesiva generalidad, y en otras la referencia es a meros efectos de erudición.

Aún es menor el número de tribunales cuya doctrina aparece mencionada en los fundamentos jurídicos de las resoluciones del TC: Alemania (14), Italia (8), Estados Unidos (7), Bélgica (2), Canadá (2), Eslovenia (1), Francia (1) y del Reino Unido de la Gran Bretaña (1).

Estas resoluciones van a ser las que se estudien en el epígrafe IV de este trabajo, tras una sumaria recuperación de elementos teóricos para su mejor comprensión. Constituyen un total de 34 resoluciones, un número pequeño, pero de especial relevancia, tanto por las cuestiones tratadas, como por los métodos utilizados por nuestro TC a la hora de dejarse influenciar por los precedentes externos.

### III. UN NECESARIO ESBOZO DE ELEMENTOS TEÓRICOS

Demostrada la existencia del problema, se abordará a continuación desde una perspectiva teórica. Antes recuperaremos elementos teóricos, para lo que se ha acudido a destacadas contribuciones en la literatura comparada ante lo limitado del tratamiento de esta cuestión por la doctrina española como se advirtió en la introducción.

38 Hay que advertir que una de las referencias es a una decisión del Tribunal Supremo de Massachusetts, en la STC 198/2012. Parece que a nuestro TC no llega la tendencia de influencia descendente del constitucionalismo de los Estados Unidos de América (vid. LAW), y de su Tribunal Supremo, que ha llegado a ser comentada en las páginas del *New York Times* (Adam Liptak, «U.S. Court Is Now Guiding Fewer Nations», *The New York Times*, 17 septiembre de 2008).

39 Hasta 2009 Cámara de los Lores en formación judicial. Los precedentes son previos a 2009, pero he preferido utilizar la denominación actual.

En primer lugar, hay que insistir en que no se trata de precedentes vinculantes sino de autoridades persuasivas, elemento que no tiene porqué resultarnos extraño. Como observó Glenu en el artículo seminal en esta materia, la autoridad persuasiva es un elemento propio de las tradiciones jurídicas occidentales, al igual que lo es la concepción del derecho como el resultado de un proceso de indagación<sup>40</sup>. Todos los ordenamientos jurídicos europeos, y, por ende, todos los que se han construido bajo el proceso de colonización europea, son el resultado en mayor o en menor medida de la recepción o de la influencia, cuando no de préstamos de disposiciones normativas o instituciones. Por mucho que la reacción estatalista del siglo XIX haya tratado de obviar o incluso de condenar esta realidad (como es el caso de la inclusión en el Código Civil suizo de la prohibición de citar fuentes extranjeras, además de doctrina académica) y que la concepción del Derecho normativa y la teoría del Derecho positivo haya imperado durante el siglo XX, los límites a la hora de continuar ya no solo con la visión del derecho como un producto creado exclusivamente por el Estado e incluso eminentemente etnocéntrico son cada vez más patentes, lo que irremediamente provoca distorsiones y alimenta fuertes resistencias ante cualquier tipo de influencia desde un elemento externo al ordenamiento jurídico estatal.

Resistencias que se manifiestan fuertemente cuando se analiza el uso del Derecho comparado en la interpretación constitucional por la concepción de la constitución como producto eminentemente nacional, reflejo de la historia, tradición, evolución y características socio-políticas de una nación. Fundada así en un concepto positivo de constitución, en la definición clásica schmittiana como «decisión consciente que la unidad política, a través del titular del poder constituyente, adopta por sí misma y se da a sí misma»<sup>41</sup>. El vínculo entre nación y constitución se vería alterado por la interpretación constitucional que incorpore elementos extraños.

Esta es la primera de las tres posturas que Vicky Jackson ha identificado dentro de un espectro continuo que el Derecho Constitucional estatal y sus intérpretes vienen mostrando como reacciones ante el constitucionalismo transnacional<sup>42</sup>. La primera consistiría en la resistencia o indiferencia. Sólo aquellas disposiciones normativas adoptadas conforme al proceso de producción normativa estatal deben ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar el derecho<sup>43</sup>. En el extremo contrario

40 Glenu, H.P., «Persuasive Authority», *McGill Law Journal*, 32-2, 1987. Tras recordar la relevancia del proceso de recepción para los ordenamientos jurídicos occidentales (ya fuera del Derecho romano o de otros ordenamientos) e identificar sus elementos esenciales, el autor señala como este fenómeno continúa como parte activa de los ordenamientos de los Estados-Nación. El Derecho ha sido y sigue siendo algo a descubrir, a pesar de los esfuerzos estatales hacia su absoluta racionalización.

41 Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 45 y ss.

42 Con este concepto hace referencia tanto al Derecho internacional público como al Derecho comparado con contenido que hasta ahora había sido característico del Derecho constitucional.

43 Jackson, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 18. Para una versión sumaria de estas ideas se puede acudir a su artículo JACKSON, V., «Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement», *Federal Law Review*, 35, 2007.

del espectro se situarían los ordenamientos constitucionales que plantean su apertura hacia los ordenamientos internacionales y extranjeros, apertura que se plasma en diferentes graduaciones hasta la convergencia<sup>44</sup>. La postura intermedia, y en la que se encontraría la mayoría de las realidades, consistiría en la participación o implicación con lo transnacional mediante mecanismos como la comparación con disposiciones normativas de otros ordenamientos, siempre que se trate de cuestiones de carácter abierto y que los juristas tengan un conocimiento relevante<sup>45</sup>.

Nuestro Tribunal se situaría en esta zona intermedia, con una apertura muy moderada en cuanto a lo que se refiere a la toma en consideración de precedentes extranjeros. Pero para el análisis de las referencias resulta conveniente tener en cuenta no sólo la actitud general del Tribunal, sino también cómo utiliza esas referencias. Esta cuestión ha sido estudiada por autores como Choudry o Tushnet, cuyas aportaciones serán reseñadas sumariamente a continuación.

### III.1. La triada metodológica de Choudry: Universalista, genealógica y dialógica

A pesar del elemento de resistencia característico de las teorías constitucionales estatales, el carácter cosmopolita que estaba adquiriendo progresivamente la interpretación en la jurisdicción constitucional fue advertido por Choudry en su análisis sobre este fenómeno en el Tribunal Constitucional sudafricano y en el Tribunal Supremo canadiense<sup>46</sup>. A partir del análisis de estas dos experiencias y con vocación teórica general, reconoció tres metodologías en el uso de la interpretación constitucional comparada: Universalista, dialógica y genealógica.

La metodología universalista apuesta por entender que todos los tribunales constitucionales son partícipes de un proceso de identificación, interpretación y aplicación de un conjunto de normas comunes, derivado de una concepción universal de las garantías constitucionales. Existiría una unidad en la diversidad, los derechos y las libertades trascienden fronteras estatales, por lo que las sentencias de otras jurisdicciones constitucionales ilustrarían la aplicación de esos derechos en casos concretos, facilitando los siguientes ejercicios de subsunción en circunstancias similares.

La metodología genealógica justifica el uso de doctrinas constitucionales foráneas en las relaciones históricas de recepción entre constituciones, casos de colonización, también constitucional, como Canadá o Australia por parte del Reino Unido, relaciones jurídicas que pueden llegar a seguir siendo tan intensas

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 39 y ss.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 71 y ss.

<sup>46</sup> CHOUDRY S., «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, 74, 1999.

como para compartir jefatura del Estado y, la jurisdicción en apelación<sup>47</sup>. Se trata de relaciones directas de recepción, quedando excluidos casos de influencias «genéticas» en el proceso de diseño y redacción constitucional<sup>48</sup>.

Finalmente, la metodología de interpretación dialógica recurre a la comparación entre normas y hechos en varias jurisdicciones, identificando similitudes y diferencias, proceso del que se derivaría como conclusión lógica la aceptación o el rechazo de las decisiones alcanzadas en las jurisdicciones objeto de comparación. De esta forma, el enfrentamiento comparado permitiría una comprensión más profunda del ordenamiento jurídico propio.

Choudry señaló que estas metodologías, aunque distintas, son plenamente compatibles: los mismos jueces, como miembros de los mismos tribunales y resolviendo los mismos casos pueden utilizar las tres metodologías comparadas.

### III.2. La triada metodológica de Tushnet: Funcionalismo, expresivismo y «bricolaje»

Por su parte, y en este caso desde el contexto de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos (lo que no obsta para que sean tenidas en cuenta), Mark Tushnet aportó su sistematización en tres formas en los que la experiencia constitucional foránea puede contribuir en el proceso de aprendizaje y mejor comprensión constitucional: Funcionalismo, expresivismo y un tercer método que Tushnet acuña como «bricolaje»<sup>49</sup>.

De acuerdo al primer método, los preceptos constitucionales realizan funciones en los sistemas políticos. El estudio comparado de las diferentes disposiciones constitucionales que realizan funciones semejantes en otros sistemas políticos permitiría observar qué disposición es la que realiza la función de una forma más efectiva, convirtiéndose en un referente para la mejora de esa función en otros sistemas.

El expresivismo partiría del núcleo argumental que rechaza el uso del Derecho comparado por la jurisdicción constitucional, la fuerte identidad entre la constitución y la nación como sujeto político, pero en este caso como un elemento del proceso de autoconocimiento, el reflejo en la mirada del otro permitiría el reconocimiento de la propia identidad.

47 Aunque ya no ejerce esta jurisdicción, el *Judicial Committee of the Privy Council* británico fue competente en Australia para casi todo tipo de casos hasta 1986, y en Canadá hasta 1949.

48 En el caso de las reconocidas influencias del Derecho comparado en nuestra Constitución de 1978 es suficiente con acudir al trabajo clásico recientemente reeditado de Óscar Alzaga Villaamil, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, 2016. Para un tratamiento más breve, se puede acudir a BON, P., «La Constitución española en el marco de del constitucionalismo contemporáneo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69, 2003.

49 TUSHNET, M., «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», *The Yale Law Journal*, 108, 1999.

Finalmente, Tushnet reconoce una tercera metodología en la interpretación constitucional por parte del Tribunal Supremo estadounidense que denomina bricolaje apoyándose en la obra del antropólogo Claude Lévi-Strauss, que en esencia no sería más que construir algo nuevo a partir de la unión de todo tipo de materiales hallados previamente por el creador. La crítica a este tercer método radica en la ausencia de conciencia teleológica en el creador. Si bien el intérprete funcionalista dirige su búsqueda hacia el encuentro con disposiciones que realicen la misma función, y el expresivista quería profundizar en el conocimiento de su propio orden constitucional, el intérprete que cae en el bricolaje carecería de estos objetivos.

#### IV. ANÁLISIS TEÓRICO DEL USO Y ABUSO DE LOS PRECEDENTES EXTRANJEROS EN LAS RESOLUCIONES DEL TC

Como viene siendo destacado por la doctrina, el uso voluntario de los precedentes extranjeros es un fenómeno tanto jurídico como político<sup>50</sup>. En sus decisiones acerca de utilizar o no precedentes extranjeros, en qué casos resulta conveniente su uso, y cuáles constituyen las fuentes relevantes, los tribunales (o los jueces individualmente en sus votos particulares) reflejan elementos trascendentes de su cosmovisión jurídica.

El análisis del uso de los precedentes del TC permite apreciar su cosmovisión jurídica, marcada por su actitud moderada ante el Derecho comparado, a veces contradictoria, utilizado mayoritariamente de forma dialógica de acuerdo a la tríada de Choudry, y expresivista en la de Tushnet, que ha situado como referentes a las doctrinas constitucionales alemana, estadounidense e italiana desde sus primeros momentos. A efectos sistematizadores, las resoluciones han sido clasificadas conforme a los posibles usos de los precedentes extranjeros que han sido señalados por la doctrina en otras jurisdicciones: apoyo de conclusiones alcanzadas; contextualizadora o a modo de ejemplo; mejor comprensión de la norma, mejora de la interpretación; distinción y otros usos<sup>51</sup>. Para la clasificación se atenderá a su uso principal, y se adelanta que el uso principal que el TC hace de los precedentes extranjeros es el de servir de soporte a sus deducciones.

##### 1. Apoyo de conclusiones alcanzadas

Así se puede observar en la STC 4/1981, de 2 de febrero, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversas disposiciones del

50 Hirschl, R. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 22.

51 NEUDORF L., «Taking Comparative Law Seriously: Rethinking the Supreme Court of Canada's Modern Approach to Statutory Interpretation», *Statute Law Review*, 2017.

Texto Articulado y Refundido de la Legislación de Régimen Local. Tanto en los fundamentos del recurso como en las alegaciones de la Abogacía del Estado se hace mención al Derecho comparado en el enfrentamiento sobre quién debe realizar el control las leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional o los tribunales ordinarios. El Tribunal, al abordar su competencia para controlar la constitucionalidad de normas preconstitucionales, se reafirma en las decisiones favorables de los tribunales italiano y alemán (FJ 1). Es un caso claro de apoyo de una conclusión previamente alcanzada. El Tribunal afirma su competencia para revisar las antinomias entra la norma constitucional y las normas preconstitucionales, y se apoya «a mayor abundamiento» en que está solución ha sido la adoptada por los modelos italiano y alemán, como fue declarado por sus respectivos tribunales constitucionales. En el caso italiano se citan las sentencias nº 1 de 14 de junio de 1956, nº 40 de 27 de junio de 1958 y nº 1 de 27 de enero de 1959. Nuestro Tribunal realiza un ejercicio comparativo y aclara que la Constitución italiana no contiene clausula derogatoria y que el Tribunal italiano reconoció desde el primer momento su competencia, aunque no con carácter exclusivo, evolucionando hacia este carácter a partir de la segunda resolución citada. También tiene en cuenta las decisiones en el Tribunal Constitucional alemán, interprete de una constitución que sí contiene clausula derogatoria. Cita las sentencias de 24 de febrero de 1953 y de 5 de agosto de 1966 del Tribunal de Karlsruhe, en la que afirma y ejerce su capacidad para resolver recursos directos de inconstitucionalidad sobre leyes preconstitucionales.

Es de las pocas ocasiones en las que se utiliza los precedentes extranjeros para abordar una materia de fuentes del Derecho. Lo que sí va a ser común es el recurso a la técnica dialógica para reafirmar su decisión, como en el primero de los ejemplos en materia de derechos fundamentales. Se trata de la STC 36/1982, de 16 de junio, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de la Enseñanza de Madrid contra la prohibición administrativa de reunión en lugar de tránsito público y la sentencia confirmatoria por incumplir el plazo diez días de comunicación a la autoridad de acuerdo a la Ley 17/1976. La Abogacía del Estado menciona la influencia del artículo 17 de la Constitución italiana (A4).

El Tribunal afirma que no hay derecho fundamental ilimitado, que la comunicación previa está establecida en el artículo 21.2 CE como requisito previo para el ejercicio del derecho de reunión. En este caso no se ha cumplido, por lo que no puede otorgarse amparo a un ejercicio ilícito de un derecho. Apoya esta decisión en la Sentencia 54/1961 de la Corte Constitucional italiana. De nuevo, reafirmación y legitimación de una conclusión ya alcanzada.

Mayor interés tiene el ejercicio dialógico múltiple recogido en la STC 114/1984, de 29 de noviembre que denegó el amparo solicitado tras un procedimiento de despido basado en una grabación de una conversación telefónica sin el conocimiento del recurrente. El demandante alega que está práctica está prohibida en el Derecho comparado (cita disposiciones de los Códigos Penales francés

y suizo que tipifican la grabación de conversaciones telefónicas). En esta ocasión el Tribunal Constitucional recurre a los precedentes de los altos tribunales estadounidense, francés e italiano. En primer lugar, el Tribunal aclara que en nuestro ordenamiento no hay un derecho fundamental autónomo que imposibilite el uso jurisdiccional de pruebas antijurídicas, sino que habrá que apreciarse casuísticamente la posible vulneración de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso. El Tribunal se apoya en la doctrina del supremo estadounidense en *United States v Janis* (1976) con cita literal de la sentencia. En el ordenamiento estadounidense no puede admitirse el material probatorio que vulnere la IV Enmienda de la Constitución, no por reconocerse un derecho constitucional subjetivo sino por constituir una violación constitucional (FJ2).

El Tribunal continúa utilizando el Derecho comparado y los precedentes extranjeros para atender al problema de la prueba ilícita en relación con el 24.2 CE (FJ3). Afirma que en Francia parte de la doctrina apoya que las pruebas obtenidas mediante la grabación ilegítima de conversaciones telefónicas se consideren nulas, mencionando la Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). Y que en Italia la cuestión quedó zanjada tras la Sentencia nº 34 de 1973 de su Tribunal Constitucional, citando literalmente la sentencia. Los precedentes de estos dos tribunales son mencionados a efectos de distinción. Se aparta de ellos dada la diferente naturaleza del problema, no tiene que solucionar la problemática general de la prueba ilícita sino la viabilidad de los derechos fundamentales como instrumentos de resistencia.

Esta doctrina es recordada en el Auto 282/1993, de 20 de septiembre, que inadmite un recurso de amparo que solicitaba la nulidad de las sentencias por las que había sido condenado por delitos de falsedad en documento público y de estafa. En el FJ 3 hace referencia a las doctrinas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el *deterrent effect* y la *fruit of the poisonous tree*.

También para reafirmar su interpretación, aunque de una forma funcionalista, se encuentra el recurso a la doctrina del Tribunal Constitucional italiano para aclarar los límites de la inviolabilidad de los parlamentarios en cuanto a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones en la Sentencia 51/1985, de 10 de abril. El Tribunal hizo una interpretación estricta, sistemática y finalista de la prerrogativa parlamentaria. Considera que las prerrogativas sólo pueden justificarse por los fines a las que están dirigidas, proteger la libre discusión y decisión parlamentarias, citando la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 27 de marzo de 1975, nº 81.

Funcionalista, reafirmadora, y quizás también genética teniendo en cuenta las influencias del constitucionalismo alemán en la Constitución española de 1978 es la interpretación es el uso de la doctrina constitucional alemana en la Sentencia 75/1985, de 21 de junio. Presenta un defecto generalizado en el uso del Derecho comparado, las referencias generales. Los demandantes consideraron que el acuerdo la Junta Electoral Provincial vulneraba el art. 23 CE al aplicar la barrera electoral del 3 % en conformidad con las normas electorales. El Tribunal

rechaza que quepa una interpretación que sostenga que el único sistema electoral posible es uno que sea proporcionalmente puro. Sostiene que este no existe en el Derecho comparado, y que la barrera española se inspiró «de modo muy directo» en la vigente en la República Federal Alemana. Afirma que allí, siendo incluso superior, ha sido reconocida como válida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en diversas ocasiones (no cita casos concretos) dado que persigue una finalidad legítima.

También general es la cita contenida en la Sentencia 23/1987, de 23 de febrero. El Tribunal reconoció que las sociedades mercantiles pueden estar amparadas por este derecho, como lo han hecho las doctrinas italiana y alemana. Menciona, de forma genérica, que es la solución adoptada también por el Tribunal Constitucional Federal alemán para diversos aspectos. Y a continuación afirma que, en caso de que se pudiese admitir en nuestro ordenamiento constitucional, sería necesario realizar un reconocimiento caso por caso, protegiendo aquellos en los que el derecho vulnera de contenido asociativo, y no cuando su naturaleza sea económica.

Semejante técnica y uso se observa en la 126/1987, de 16 de julio, que desestimó múltiples cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre Medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria. A la hora de abordar si el incremento de una tasa podía suponer una vulneración del principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional alude a una doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional Federal alemán desde la sentencia nº 26 de 19 de diciembre de 1961 por la que las normas tributarias retroactivas serían inconstitucionales (FJ 11). Ahora bien, y continúa apoyándose la doctrina de tribunal alemán, citando la Sentencia núm. 27, de 19 de diciembre de 1961, sí cabrían las normas fiscales retroactivas si la relación jurídica aún no ha concluido. Se apoya en resoluciones semejantes por parte del Tribunal Supremo norteamericano, sentencias de 11 de enero de 1937, 21 de noviembre de 1938 y 12 de enero de 1981 en los casos *U. S. v. Hudson*, *Welch v. Henry et alii*, y *U. S. v. Darusmont*.

En el mismo sentido se observa la cita a la Sentencia del Tribunal de Karlsruhe nº 26 de 19 de diciembre de 1961 que se reitera en la Sentencia 89/2009, de 20 de abril al recordar la doctrina sobre la afectación a la seguridad jurídica en supuestos de eficacia retroactiva de normas legales que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de gastos públicos (FJ3).

Técnica presente también en la 127/1994, de 5 de mayo, que desestimó los cuatro recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada. En su valoración sobre la posible vulneración de los arts. 20.1 y 38 CE por el legislador al calificar la televisión como servicio público y utilizar la técnica concesional para articular su gestión indirecta, el Tribunal se apoya en las doctrinas de los altos tribunales estadounidense, italiano y alemán. Cita los casos *Red Lion Broadcasting Co y otros versus Federal Communications Commission*, 395. US.367, de 9 de junio de 1969 y *Columbia Broadcasting System versus Democratic National Committee*, 412.US.94, de 29 de mayo de 1973 para afirmar que la

licencia de radiodifusión no es un privilegio. A continuación, menciona las Sentencias de la Corte Constitucional italiana n° 826, de 13 de julio de 1988, y del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986 (*BVerfGE* 73, 118) que se preocuparon por la necesidad de garantizar la efectiva tutela del pluralismo en la información.

Un uso semejante se puede encontrar en la Sentencia 10/2002, de 17 de enero. El Tribunal afirma que las habitaciones de los hoteles podían ser consideradas domicilios dado que son idóneas para el desarrollo de la vida privada de los huéspedes, por lo que cabe la protección del 18.2 CE. Afirma que este criterio es compartido por la jurisprudencia de otros países, citando *Stoner v. California*, 376 U.S. 483.

La lectura de las últimas tres resoluciones que se van a citar también arroja interpretaciones funcional, dialógica y con fines de apoyo de las conclusiones previamente alcanzadas. En la STC 163/2011, de 2 de noviembre, el Tribunal afirma que la exigencia de avales es un requisito presente en otros países de nuestro entorno, y que ha sido reconocido como constitucional por el Tribunal Constitucional Federal alemán, citando sus sentencias de 16 de julio de 1998 (*BverfG*, 2 BvR 1953/95, de 16.7.1998, 34) de 12 de octubre de 2004 (*BverfG*, 1 BvR 2130/98, de 12.10.2004, 86)], y de 24 de febrero de 1971. En el auto 180/2013, de 17 de septiembre, el Tribunal rechazó que la mera pertenencia a un partido político suponga causa de recusación, a diferencia de los miembros del poder judicial. Acude al Derecho comparado para contrastar esta nota diferencial común con los ordenamientos de Italia, Portugal y Alemania. Y en este último, su Tribunal Constitucional Federal declaró en la Sentencia de 11 de agosto de 2009 (2 BvR 343/09) que la experiencia política de sus miembros enriquece su jurisprudencia (FJ3). Y en el FJ3 de la Sentencia 42/2014, de 25 de marzo, al analizar la constitucionalidad del carácter de sujeto político y jurídico soberano del pueblo de Cataluña y la referencia al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña», rechaza que se puede atribuir ese carácter a una parte del pueblo español al ser contrario al art. 2 CE. Lo que impide que una Comunidad Autónoma convoque unilateralmente un referéndum de autodeterminación. Apoya esta conclusión mencionando la decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 20 de agosto de 1998.

## 2. Mejor comprensión

En este epígrafe destacan los casos relacionados con las inmunidades diplomáticas, como la Sentencia 107/1992, de 1 de julio, que estimó parcialmente el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente al derecho a la ejecución de resoluciones judiciales en relación con la inmunidad de ejecución de los bienes de otro Estado. La cuestión exigía una remisión al Derecho internacional público de acuerdo al art. 21.2 de la

LOPJ. Y en esa interpretación el Tribunal atiende a la práctica de otros ordenamientos, comprobando como se viene admitiendo que los tribunales practiquen actos de ejecución. Menciona los asuntos Socobel en Bélgica, República Árabe Unida contra Señora X en Suiza, Sociedad Eurodif contra República Islámica de Irán en Francia. Afirma que esta práctica también se ha reconocido en Austria y Holanda, y se detiene en la Sentencia de 13 de diciembre de 1977 del Tribunal Constitucional Federal alemán, que declaró que no existía ninguna norma general de Derecho internacional que previese la inmunidad absoluta (FJ 4). Esta sentencia vuelve a ser tenida en cuenta, junto con la resolución de la Cámara de los Loes del Reino Unido del 12 de abril de 1984 en el caso *Alcolm Ltd.* contra la República de Colombia al valorar la ejecución de las cuentas corrientes de la Embajada. Los dos casos citados fueron contrarios a esta medida, y nuestro Tribunal concluye de forma semejante (FJ5). Esta materia también fue abordada en la Sentencia 292/1994, de 27 de octubre, que también fue favorable para el recurrente. El Tribunal reitera su doctrina y añade la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1983 para reafirmarse en la inexistencia de una norma que establezca la inmunidad absoluta de los Estados ante la ejecución de resoluciones jurisdiccionales, aunque no sean definitivas (FJ 4).

O como la Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, que deniega el amparo contra una sentencia que confirmó en apelación la dictada en autos de juicio de desahucio contra un agente diplomático. El Tribunal reconoce como legítima esta inmunidad, acudiendo a la jurisprudencia de otros Estados, y específicamente cita la doctrina jurisprudencial italiana de su Corte de Casación en la Sentencia de 18 de enero de 1940 en el asunto *De Meeÿs c. Forzano*, y de la Corte Constitucional en la Sentencia de 18 de junio de 1979.

Como ejemplo de utilización para la mejor comprensión también hay que reseñar la cita en la Sentencia 232/1993, de 12 de julio, en la que la cuestión debatida era si podía resultar vulneradora del art. 18.1 la información vertida por un medio de comunicación sobre las declaraciones de un tercero que sí lo son. El Tribunal menciona en el FJ 2 que el demandante señaló que era de aplicación a este caso la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el reportaje neutral establecida en el caso *New York Times v Sullivan*, y coincide con el recurrente en el carácter novedoso del planteamiento.

También cabe ser mencionada aquí la STC 91/2000, de 30 de marzo, que concedió el recurso de amparo contra la extradición del demandante a Italia a la que accedió la Audiencia Nacional. El TC observa la existencia de un núcleo absoluto del derecho a un proceso justo en el art. 24 CE, que exige que los Tribunales valoraren la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Y cita las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán de 2 de junio de 1992 y de la Corte Constitucional italiana de 25 de junio de 1996, que declaró inconstitucional la entrega a Estados Unidos de un condenado a muerte (FJ 8).

### 3. Contextualizadora

El mejor ejemplo de este uso es la Sentencia 39/2002, de 14 de febrero, en la que Tribunal declaró inconstitucional utilizar como punto de conexión para determinar de la ley aplicable a las relaciones personales entre los cónyuges «la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio». Nuestro Tribunal afirma en el FJ 5 que ha reaccionado siempre en contra de cualquier discriminación de la mujer, alineándose con la doctrina de TEDH, del en aquel momento TJCE y otros tribunales constitucionales. Cita las sentencias de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán y de 26 de febrero de 1987 de la Corte Constitucional italiana, que declararon inconstitucionales preceptos semejantes al cuestionado en este caso.

A su vez sería el caso del uso de precedente extranjero en la Sentencia 140/2016, de 21 de julio. El Tribunal reconoce que ha utilizado la doctrina del efecto disuasorio como canon de ponderación del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Anota, siguiendo la aportación de los recurrentes, que la jurisprudencia sobre el *chilling effect*, apareció en el asunto *U.S. Supreme Court, Wieman v Updegraff*, 344, US 183 en 1952 (FJ 10).

### 4. Distinción

No son pocos los casos en los que el Tribunal ha recurrido a los precedentes extranjeros aplicando la técnica de la distinción. Así, la sentencia 19/1988, de 16 de febrero, que desestima una cuestión de inconstitucionalidad sobre la redacción del art. 91 del Código Penal tras la LO 8/1983. El auto del tribunal *ad quo* planteaba varios problemas sobre la responsabilidad personal y subsidiaria al considerar que podía resultar contraria al principio de proporcionalidad de la pena. En su argumentación citó Derecho comparado, incluyendo la Sentencia núm. 131 de 1979 del Tribunal Constitucional italiano. En el FJ7 nuestro Tribunal realiza un ejercicio de análisis comparado, advirtiendo antes que «la mera comparación legislativa no puede servir para fundamentar aquí nuestro juicio», constando como el arresto sustitutorio está presente en ordenamientos con los que compartimos principios constitucionales (Alemania, Austria, Suiza). Y más importante, hace un ejercicio de distinción con el precedente italiano: allí el precepto penal había establecido una duración máxima del arresto de 3 años, frente a los 6 meses del español; y la posibilidad del fraccionamiento del pago de la multa descansa allí en una autoridad administrativa y aquí judicial.

Otro ejemplo lo encontramos en la 227/1988, de 29 de noviembre, sobre la constitucionalidad de varias normas de desarrollo de la ley de aguas. En el FJ 12, el Tribunal valora la alegada vulneración del art. 33.3 de la CE, dado que varios preceptos podrían suponer una limitación de la facultad de aprovechamiento de los recursos hidráulicos apropiados por los particulares y se expropiaran facultades

de libre disposición del propietario. Introduce aquí una cita a la Sentencia de 15 de julio de 1981 del Tribunal Constitucional Federal alemán para afirmar que en este caso no se puede hablar de una privación de una facultad de los propietarios indemnizable.

La STC 127/2000, de 16 de mayo, que deniega el amparo demandando por un condenado por un delito de colaboración con banda armada contiene un ejercicio claro de distinción, dado que no se trataba de interrogatorio policiales efectuados sin la presencia de abogado. Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966 FJ4, que resulta ilustrativa y por supuesto refuerza la argumentación, aunque se antoje innecesaria dado que se menciona doctrina semejante del TEDH.

Por último, hay que mencionar en este epígrafe la STC 12/2008, de 29 de enero, a la que ya se hizo referencia en la introducción de este trabajo. En el FJ2 se hace una mención genérica a las doctrinas de los tribunales italiano y francés, aportada por las partes, y haciendo la salvedad de «sin entrar en valoraciones que no nos competen», advierte una diferencia clave con respecto a estos ordenamientos, la amplitud del contenido del art. 9.2 CE.

## 5. Mejora de la interpretación

En la sentencia 65/1986, de 22 de mayo, se denegó el amparo planteado por la desproporción de la pena impuesta por la comisión de un delito de malversación de caudales públicos. En esta ocasión la cita es general a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y de carácter ilustrativo sobre una cuestión distinta a la del objeto de la sentencia, pero que había sido abordada por la doctrina del Tribunal de Karlsruhe: si otros preceptos constitucionales, distintos a los dedicados a los derechos fundamentales y libertades públicas, protegen el principio de proporcionalidad de la pena.

Mucho más relevante es la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó el recurso contra la ley Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Es la sentencia en la que se ha hecho un uso mayor tanto cuantitativo (se citan normas pertenecientes a 17 ordenamientos estatales) como cualitativo, recurriendo a la técnica de interpretación evolutiva de la Constitución, «árbol vivo», expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930 del Derecho comparado (FJ9), al que también recurren las partes, como se recoge en los Antecedentes. El Tribunal afirma que el Tribunal Supremo canadiense volvió a utilizar esta técnica en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, también acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo.

La cantidad de elementos de Derecho comparado tenidos en cuenta puede llevar a la conclusión de que hubo una tendencia generalizada hacia el «bricolaje», que como advirtió Tushnet necesariamente no tiene que ser negativo. Pero

sí se puede apreciar una interpretación funcional también en el recurso a la interpretación evolutiva. De acuerdo a esta técnica la Constitución ha de ser interpretada teniendo en cuenta la realidad social, sin que esta adquiera valor normativo directo. En la observación de la realidad social se incluye al Derecho comparado del entorno socio-cultural próximo. Y en su observación el Tribunal cita Sentencias de la *Supreme Judicial Court* del Estado de Massachussets, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004 y del Tribunal Constitucional eslovaco.

También relevante y muy actual es la STC 199/2013, de 5 de diciembre, que desestimó el amparo por vulneración de los derechos contenidos en los arts. 18.1 y 24.2 al haberse valorado como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial. Al analizar si la prueba de ADN efectuada sin orden judicial atentaba contra el derecho a la intimidad, el Tribunal concluye que no fue así debido a que la información obtenida apenas fue más allá de una identificación neutra. En este mismo sentido, el Tribunal aporta como «dato puramente fáctico» (pero que apoya su conclusión) la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Maryland v. King*, de 3 de junio de 2013. Esta doctrina se reiteró como la misma cita jurisprudencial en las SSTC 14/2014, 15/2014, 16/2014, y 23/2014.

## 6. Otros usos

En la sentencia 237/2005, que otorgó los recursos de amparo interpuestos entre otros por Rigoberta Menchú, y aunque en este caso no aporta precedentes extranjeros, el Tribunal critica fuertemente la parcial selección o *cherry picking* realizada por el Tribunal Supremo para apoyar su interpretación restrictiva de la jurisdicción universal que exigió el vínculo con intereses nacionales. Para avalar esta interpretación la Sentencia del Supremo aportó sentencias de la Corte Casacional belga y del Tribunal Constitucional Federal alemán. Sin embargo, la minoría discrepante en el Supremo aportó decisiones posteriores en las que el Tribunal alemán se apartó de esta doctrina.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA CUESTIÓN ABIERTA Y VIVA

El aparentemente pacífico, pero en ocasiones contradictorio uso de los precedentes extranjeros por nuestro supremo intérprete de la constitución es un reflejo más de los tiempos de derecho dúctil como los denominó Zagrebelsky en los que nos encontramos, en los que la generalidad ya no sólo se ha trasladado de la ley a la constitución como observó Enterría, sino a lo trasnacional.

El Tribunal recurre al Derecho comparado de una forma muy moderada, normalmente guiado por criterios funcionalistas y dialógicos, y casando la inspiración en la práctica jurisdiccional foránea con el mejor conocimiento de nuestra

norma fundamental. Insistimos en que se trata de una práctica aceptada al menos por todos los partícipes de la jurisdicción constitucional. Y así ha sido reconocido incluso por magistrados eméritos del Tribunal, quienes no dudan en recurrir individualmente al fundamentar sus votos particulares (aunque en ocasiones con meros efectos ornamentales).

Este trabajo no ha tenido otro propósito que ofrecer datos y elementos teóricos con los que poder abordar esta cuestión, quedando patente sobre todo los problemas a tratar, las causas y la legitimidad de esta práctica, así como la igualmente difícil cuestión del silencio acerca de su uso. Parafraseando al refranero, cabe afirmar que en este sentido también, como en tantos otros, nuestro supremo intérprete vale más por lo que calla, que por lo que dice.

## VI. ANEXOS

### 1. Uso del Derecho comparado por el TC

#### *Ubicación*

*Antecedentes de hecho:* 4/1981, 26/1981, 6/1982, 12/1982, 15/1982, 24/1982, 26/1982, 36/1982, 47/1982, 57/1982, 67/1982, 68/1982, 156/1982, 101/1983, 111/1983, A120/1983, 16/1984, 44/1984, 72/1984, 83/1984, 114/1984, 1985/53, 53/1985, 55/1985, 75/1985, 98/1985, 165/1985, 17/1986, 45/1986, 88/1986, 99/1986, 108/1986, 137/1986, 165/1986, 19/1987, 89/1987, 126/1987, 161/1987, 19/1988, 6/1988, 118/1988, 209/1988, A1243/1988, 14/1989, 45/1989, 89/1989, 131/1989, 137/1989, 178/1989, 193/1989, 214/1989, A51/1989, A496/1989, 41/1990, 76/1990, 119/1990, 172/1990, 205/1990, 211/1990, 45/1991, 46/1991, 150/1991, 14/1992, 107/1992, 133/1992, 222/1992, D1/1992, 110/1993, 227/1993, 232/1993, 254/1993, 31/1994, 37/1994, 47/1994, 165/1994, 337/1994, A87/1995, A174/1995, A349/1995, A350/1995, 7/1996, 68/1996, 184/1996, A178/1996, 15/1997, 182/1997, 196/1997, 206/1997, 14/1998, 200/1998, A1243/1988, 103/1999, 290/2000, 102/2000, 188/2000, 290/2000, 52/2002, 154/2002, 2004/5, 29/2004, 123/2004, 136/2004, 237/2005, A505/2005, A235/2007, 12/2008, 59/2008, 83/2008, 98/2009, 31/2010, 137/2010, 138/2010, 199/2011, 20/2012, 198/2012, 187/2013, 119/2014, 141/2014, 153/2014, 197/2014, 15/2015, 32/2015, 46/2015, 103/2015, 185/2016, 215/2016.

*Fundamentos:* A83/1980, 4/1981, 25/1981, 36/1982, 57/1982, 72/1984, 114/1984, 124/1984, 51/1985, 75/1985, 94/1985, 12/1986, 65/1986, 108/1986, 171/1986, A180/1986, 23/1987, 126/1987, 60/1987, 19/1988, 64/1988, 227/1988, 45/1989, 76/1989, 93/1989, 137/1989, A496/1989, 56/1990, 119/1990, 150/1990, 184/1990, 211/1990, 60/1991, 107/1992, 206/1992, A282/1993, 232/1993, 71/1994, 127/1994, 292/1994, 140/1995,

350/1995, A174/1995, A349/1995, A178/1996, 225/1998, 136/1999, 10/2002, 91/2000, 105/2000, 127/2000, 192/2000, 290/2000, 10/2002, 39/2002, 3/2003, 48/2003, 123/2004, 237/2005, 112/2006, 12/2008, 89/2009, 137/2010, 163/2011, 198/2012, 199/2013, A180/2013, A194/2013, A 208/2013, A220/2013, A234/2013, A237/2013 A238/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 42/2014, 92/2014, 93/2014, 98/2014, 115/2014, 116/2014, 124/2014, 124/2016, 140/2016, 8/2017.

*Votos particulares:* 31/1981, 160/1987, 161/1987, 64/1988, 245/1991, 110/1993, 196/1995, A45/1997, 49/1999, 106/1999 208/1999, 290/2000, 1/2003, 22/2003, 124/2003, A349/2003, 56/2004, 57/2004, 33/2005, 240/2005, A505/2005, A508/2005, A59/2006, 247/2007, 235/2007 247/2007, A 18/2006 A 26/2007 A 443/2007, 12/2008 49/2008, 13/2009, 31/2010, A 67/2010 A 68/2010 A 69/2010 A 70/2010 A 71/2010 A 72/2010 A73/2010, 198/2012, 17/2013, 23/2014, 119/2014, 177/2015, 177/2016, 185/2016, 215/2016.

#### *Procesos*

*Recursos de inconstitucionalidad:* 4/1981, 24/1982, 111/1983, 16/1984, 88/1986, 99/1986, 108/1986, 17/1986, 137/1986, 160/1987, 178/1989, 214/1989, 56/1990, 76/1990, 150/1990, 211/1990, 46/1991, 227/1993, 184/1996, 71/1994, 127/1994, 68/1996, 182/1997, 196/1997, 206/1997, 14/1998, 225/1998, 227/1988, 103/1999, 105/2000, 290/2000, 3/2003, 48/2003, 124/2003, A349/2003, 112/2006, 247/2007, 49/2008, 13/2009, 31/2010, 137/2010, 138/2010, 199/2011, 17/2013, 187/2013, A180/2013, 119/2014, 141/2014, 153/2014, 197/2014, 15/2015, 46/2015, 103/2015, 177/2016, 185/2016, 215/2016.

*Recursos previos de inconstitucionalidad:* 53/1983, 72/1984, 53/1985, 98/1985.

*Cuestiones de inconstitucionalidad:* 6/1982, 156/1982, 83/1984, 94/1985, 19/1987, 126/1987, 161/1987, 19/1988, 45/1989, 89/1989, 137/1989, 41/1990, 184/1990, 60/1991, 150/1991, 14/1992, 222/1992, 110/1993, 37/1994, 337/1994, A174/1995, 350/1995, A349/1995, 7/1996, A178/1996, 15/1997, 39/2002, A505/2005, A508/2005, A59/2006, 235/2007, 12/2008, 59/2008, 83/2008, 89/2009, 20/2012.

*Recursos de amparo:* A83/1980, 4/1981, 25/1981, 31/1981, 12/1982, 15/1982, 24/1982, 26/1982, 36/1982, 47/1982, 67/1982, 68/1982, 101/1983, 111/1983, 16/1984, 114/1984, 124/1984, 51/1985, 55/1985, 75/1985, 65/1986, 108/1986, 171/1986, A180/1986, 23/1987, 89/1987, 6/1988, 64/1988, 118/1988, 209/1988, 227/1988, A243/1988, 76/1989, 131/1989, 193/1989, A351/1989, A496/1989, 119/1990, 172/1990, 205/1990, 245/1991, 107/1992, 206/1992, 232/1993, A282/1993, 31/1994, 292/1994, 254/1993, 47/1994, 127/1994, 140/1995, 196/1995, A87/1995, 184/1996, 182/1997, A45/1997, 200/1998, 49/1999, 106/1999, 136/1999, 208/1999, 91/2000,

102/2000, 127/2000, 188/2000, 290/2000, 10/2002, 52/2002, 154/2002, 22/2003, 5/2004, 29/2004, 56/2004, 57/2004, 123/2004, 136/2004, 237/2005, 240/2005, A443/2007, 12/2008, 13/2009, 98/2009, 138/2010, 163/2011, 199/2011, 198/2012, 17/2013, 187/2013, 199/2013, A180/2013, A194/2013, A220/2013, A234/2013, A237/2013, A238/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 92/2014, 93/2014, 98/2014, 115/2014, 116/2014, 141/2014, 197/2014, 103/2015, 177/2015, 124/2016, 140/2016, 8/2017.

*Cuestión interna de inconstitucionalidad:* 92/2014.

*Conflictos:* 57/1982, 165/1985, 45/1986, 14/1989, 45/1991, 133/1992, 165/1994, 15/1997, 33/2005.

*Impugnación de disposiciones autonómicas:* 42/2014, 32/2015.

*Control de inconstitucionalidad de tratados internacionales:* D 1/1992.

*Recurso de súplica:* A67/2010, A68/2010, A69/2010, A70/2010, A71/2010, A72/2010, A73/2010.

### *Materia*

*Derechos fundamentales:* A83/1980, 31/1981, 15/1982, 24/1982, 36/1982, 47/1982, 57/1982, 67/1982, 68/1982, 101/1983, 111/1983, 72/1984, 83/1984, 114/1984, 124/1984, 51/1985, 1985/53, 75/1985, 98/1985, 6/1988, 17/1986, 65/1986, 156/1986, 171/1986, A180/1986, 19/1987, 23/1987, 89/1987, 126/1987, 160/1987, 161/1987, 182/1997, 19/1988, 64/1988, 118/1988, 209/1988, A1243/1988, 45/1989, 76/1989, 89/1989, 131/1989, 178/1989, 193/1989, A351/1989, A496/1989, 41/1990, 76/1990, 119/1990, 172/1990, 184/1990, 205/1990, 46/1991, 60/1991, 150/1991, 245/1991, 14/1992, 107/1992, 206/1992, 222/1992, 110/1993, 232/1993, 254/1993, A282/1993, 31/1994, 37/1994, 47/1994, 71/1994, 292/1994, 87/1995, 140/1995, 337/1994, 196/1995, 7/1996, A45/1997, 200/1998, 225/1998, 49/1999, 106/1999, 136/1999, 91/2000, 89/2009, 163/2011, 102/2000, 127/2000, 188/2000, 290/2000, 10/2002, 39/2002, 52/2002, 154/2002, 22/2003, 48/2003, 5/2004, 29/2004, 56/2004, 57/2004, 123/2004, 123/2004, 136/2004, 237/2005, 240/2005, A505/2005, A508/2005, A 59/2006, A443/2007, 92/2014, 93/2014, 98/2014, 115/2014, 116/2014, 112/2006, 235/2007, 12/2008, 59/2008, 83/2008, 13/2009, 2009/98, 20/2012, 198/2012, 199/2013, A194/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 92/2014, 93/2014, 98/2014, 115/2014, 119/2014, 124/2014, 153/2014, 15/2015, 177/2015, 124/2016, 140/2016, 177/2016, 8/2017.

*Competencias:* 6/1982, 57/1982, 44/1984, 165/1985, 94/1985, 88/1986, 99/1986, 137/1986, 227/1988, 14/1989, 137/1989, 178/1989, 214/1989, 56/1990, 150/1990, 211/1990, 45/1991, 46/1991, 133/1992, 227/1993, 127/1994, 165/1994, 68/1996, 184/1996, 15/1997, 96/1997, 206/1997, 14/1998, 103/1999, 208/1999, 192/2000, 1/2003, 124/2003, 33/2005,

247/2007, 31/2010, 137/2010, 138/2010, 199/2011, 17/2013, 187/2013, 42/2014, 141/2014, 32/2015, 103/2015.

*Órganos:* 16/1984, 55/1985, 45/1986, 108/1986, 105/2000, 49/2008, 197/2014, 15/2015, 46/2015, 185/2016, 215/2016.

*Fuentes:* 4/1981, 71/1994, 3/2003, D1/1992.

*Cuestiones procesales:* A120/1983, A12/1986, A349/1995, 350/1995, A178/1996, A349/2003, A18/2006, A26/2007, A443/2007, A67/2010, A68/2010, A69/2010, A70/2010, A71/2010, A72/2010, A73/2010, A180/2013, A208/2013, A220/2013, A234/2013, A237/2013, A238/2013.

*Disposiciones normativas o resoluciones de los tribunales constitucionales o supremos de*

*Andorra:* 198/2012.

*Alemania:* 4/1981, 111/1983, 1985/53, 75/1985, 65/1986, 23/1987, 126/1987, 161/1987, 118/1988, 227/1988, 131/1989, D1/1992, 292/1994, 196/1995, 68/1996, 91/2000, 39/2002, 154/2002, 290/2000, 56/200, 57/2004, 237/2005, 89/2009, 31/2010, 138/2010, 163/2011, 199/2011, 198/2012, 17/2013, A 180/2013, 197/2014, 15/2015, 103/2015.

*Argentina:* 131/1989.

*Austria:* 5/1985, 53/1985, 19/1988, 214/1989, A496/1989, 150/1991, 245/1991, 350/1995, A349/1995, 136/1999, 56/2004, 57/2004, 23/2014, 198/2012, 8/2017, 38/2017.

*Australia:* 160/1987, 56/2004, 57/2004.

*Bélgica:* 12/2008, 119/2014 (Court Cass.), 103/2015, 177/2016.

*Bolivia:* 222/1992.

*Brasil:* 131/1989.

*Canadá:* 237/2005, 198/2012, 42/2014, 32/2015.

*Colombia:* 177/2016.

*Commonwealth:* 222/1992.

*Dinamarca:* 160/1987, 198/2012.

*Eslovenia:* 198/2012.

*Francia:* 12/2008.

*Finlandia:* 160/1987, 198/2012.

*Guatemala:* 222/1992.

*Italia:* 4/1981, 31/1981, 6/1982, 24/1982, 36/1982, 14/1984, 114/1984, 51/1985, 53/1985, 165/1985, 108/1986, 126/1987, 19/1988, 107/1992, 31/1994, 127/1994, 140/1995, 7/1996, 15/1997, 91/2000, 39/2002, A 505/2005, A 508/2005, A 59/2006, 247/2007, 12/2008, 13/2009, 31/2010, 141/2014.

*EE.UU. de América:* 24/1982, 114/1984, 53/1985, 126/1987, 160/1987, 6/1988, A1243/1988, 214/1989, 172/1990, 133/1992, 232/1993, A282/1993, 47/1994, 292/1994, A87/1995, 7/1996, 184/1996, 182/1997, 200/1998, 49/1999, 127/2000, 290/2000, 10/2002, 52/2002, 22/2003, 5/2004, 56/2004,

57/2004, 136/2004, A18/2006, 59/2008, 198/2012, 199/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 177/2015, 140/2016, 198/2012, 185/2016, 215/2016.

*Islandia*: 198/2012.

*Liechtenstein*: 198/2012.

*Luxemburgo*: 198/2012.

*México (Ciudad de)*: 198/2012.

*Noruega*: 160/1987, 290/2000, 237/2005, 198/2012.

*Nueva Zelanda*: 160/1987.

*Países Bajos*: 24/1982, 160/1987, A505/2005, 198/2012.

*Pakistán*: 292/1994.

*Panamá*: 222/1992.

*Portugal*: 187/2013.

*Reino Unido*: 107/1992, 103/2015.

*República Democrática Alemana*: 150/1991.

*República Checa*: 198/2012.

*Sudáfrica*: 292/1994, 198/2012.

*Suiza*: 24/1982, 114/1984, 19/1988, 150/1991, 337/1994, 198/2012.

## 2. Uso de los precedentes extranjeros por el TC

*Antecedentes de hecho*: 6/1982, 24/1982, 111/1983, 53/1985, 165/1985, 108/1986, 126/198, 6/1988, 19/1988, 118/198, A1243/1988, 131/1989, 172/1990, 107/1992, 133/1992, D1/1992, 232/1993, 31/1994, 47/1994, A87/1995, 7/1996, 68/1996, 184/1996, 15/1997, 182/1997, 200/1998, 290/2000, 52/2002, 154/2002, 5/2004, 12/2008, 31/2010, 138/2010, 199/2011, 198/2012, 187/2013, 119/2014, 141/2014, 197/2014, 15/2015, 32/2015, 103/2015.

*Fundamentos jurídicos*: 4/1981, 36/1982, 114/1984, 51/1985, 75/1985, 65/1986, 23/1987, 126/1987, 19/1988, 227/1988, 107/1992, A282/1993, 232/1993, 127/1994, 292/1994, 140/1995, 91/2000, 127/2000, 2002-10, 39/2002, 237/2005, 12/2008, 89/2009, 163/2011, 198/2012, 199/2013, A180/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 42/2014, 140/2016.

*Votos*: 31/1981, 161/1987, 196/1995, 49/1999, 290/2000, 22/2003, 56/2004, 57/2004, A505/2005, A508/2005, A59/2006, 247/2007, 13/2009, 31/2010, 17/2013, 23/2014, 119/2014, 177/2015, 177/2016, 185/2016, 215/2016.

### *Proceso*

*Recursos de inconstitucionalidad*: 4/1981, 227/1988, 198/2012.

*Recursos previos de inconstitucionalidad*: 53/1983.

*Cuestiones de inconstitucionalidad:* 6/1982, 126/1987, 161/1987, 19/1988, 7/1996, 15/1997, 39/2002, A505/2005, A508/2005, A59/2006, 12/2008.

*Recursos de amparo:* 4/1981, 24/1982, 111/1983, 108/1986, 127/1994, 184/1996, 182/1997, 290/2000, 12/2008, 13/2009, 138/2010, 199/2011, 17/2013, 187/2013, A180/2013, 141/2014, 197/2014, 103/2015, 177/2016, 185/2016.

*Conflictos:* 165/1985, 133/1992.

*Control de inconstitucionalidad de tratados internacionales:* D 1/1992.

### *Materia*

*Derechos fundamentales:* 31/1981, 24/1982, 36/1982, 114/1984, 51/1985, 53/1985, 75/1985, 65/1986, 23/1987, 126/1987, 161/1987, 6/1988, 19/1988, 118/1988, A1243/1988, 131/1989, 172/1990, 107/1992, 232/1993, A282/1993, 31/1994, 47/1994, 292/1994, A 87/1995, 140/1995, 196/1995, 7/1996, 182/1997, 200/1998, 49/1999, 91/2000, 127/2000, 290/2000, 10/2002, 39/2002, 52/2002, 154/2002, 22/2003, 5/2004, 56/2004, 57/2004, 237/2005, A505/2005, A508/2005, A59/2006, 12/2008, 13/2009, 89/2009, 163/2011, 198/2012, 199/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 15/2015, 177/2015, 140/2016, 177/2016.

*Competencias:* 6/1982, 165/1985, 227/1988, 133/1992, 127/1994, 68/1996, 184/1996, 15/1997, 138/2010, 199/2011, 17/2013, 187/2013, 141/2014, 32/2015, 103/2015, 177/2016.

*Órganos:* 108/1986, 197/2014, 185/2016.

*Fuentes:* 4/1981, D1/1992.

*Cuestiones procesales:* A180/2013.

### *Resoluciones de los tribunales constitucionales o supremos de*

*Alemania:* 4/1981, 111/1983, 53/1985, 75/1985, 65/1986, 23/1987, 126/1987, 161/1987, 118/1988, 227/1988, 131/1989, D1/1992, 127/1994, 292/1994, 196/1995, 68/1996, 91/2000, 39/2002, 154/2002, 290/2000, 56/200, 57/2004, 237/2005, 89/2009, 31/2010, 138/2010, 163/2011, 199/2011, 17/2013, A 180/2013, 197/2014, 15/2015, 103/2015.

*Argentina:* 131/1989.

*Austria:* 1985/53, 23/2014.

*Bélgica:* 237/2005, 12/2008 119/2014 (Tribunal de Casación), 103/2015, 177/2016.

*Brasil:* 131/1989.

*Canadá:* 198/2012, 42/2014, 32/2015.

*Colombia:* 177/2016.

*Eslovenia*: 198/2012.

*Francia*: 114/1984 (Tribunal de Casación), 12/2008.

*Italia*: 4/1981, 31/1981, 6/1982, 24/1982, 36/1982, 14/1984, 114/1984, 51/1985, 1985/53, 165/1985, 108/1986, 126/1987, 19/1988, 31/1994, 127/1994, 140/1995, 15/1997, 91/2000, 39/2002, A 505/2005, A 508/2005, A59/2006, 247/2007, 12/2008, 13/2009, 31/2010, 141/2014.

*EE.UU. de América*: 114/1984, 53/1985, 126/1987, 6/1988, A1243/1988, 172/1990, 133/1992, 232/1993, A282/1993, 47/1994, 127/1994, A87/1995, 7/1996, 184/1996, 182/1997, 200/1998, 49/1999, 127/2000, 290/2000, 10/2002, 52/2002, 22/2003, 2004/5, 56/2004, 57/2004, 199/2013, 13/2014, 14/2014, 15/2014, 16/2014, 23/2014, 177/2015, 140/2016, 198/2012, 185/2016, 215/2016.

*Portugal*: 187/2013.

*Reino Unido*: 107/1992, 103/2015.

\*\*\*

TITLE: *Universalism and Particularism at The Spanish Constitutional Court: Use and Misuse of Foreign Precedents.*

ABSTRACT: *This paper provides elements to analyse the peacefully accepted practice of using comparative law by the Spanish Constitutional Court. This paper is focus on the use of foreign precedents. It is a contradictory practice although still not explored by the Spanish legal scholarship. In this sense, this paper contributes with a systematic empirical and theoretical analysis of the Spanish Court's decisions where foreign precedents are referenced at the legal groundings.*

RESUMEN: *El siguiente trabajo ofrece elementos con los que analizar una práctica pacíficamente aceptada de nuestro Tribunal Constitucional, escasamente aborda por la doctrina española, pero no por ello menos contradictoria: El uso de Derecho comparado, y, específicamente, de precedentes extranjeros. Se realiza un análisis sistemático tanto empírico como teórico de las resoluciones en las que ha sido utilizado como parte de los fundamentos jurídicos.*

KEY WORDS: *Constitutional review, Comparative law, foreign precedents.*

PALABRAS CLAVE: *Jurisdicción constitucional, Derecho comparado, precedentes extranjeros.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 14.04.2017

FECHA DE ACEPTACIÓN: 01.07.2017

