

Segunda parte

Discursos de los
académicos en sesiones
solemnas: Miembros
honorarios, ascenso a
Miembros de número e
ingreso como Miembros
correspondientes



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2025

LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA COMO JUEZ COMPARATISTA*

Martha Cecilia Paz**
Académica correspondiente

Resumen: En las últimas décadas, los tribunales constitucionales han utilizado en sus razonamientos sentencias de tribunales constitucionales extranjeros, tras considerar que ello puede enriquecer su reflexión jurídica, sus métodos de interpretación y sus enfoques constitucionales. Este artículo analiza de manera general el uso del argumento comparado en la decisión judicial, las motivaciones del juez comparatista y, en específico, las de la Corte Constitucional Colombiana al emplear material foráneo en sus sentencias.

Palabras clave: Derecho Comparado; Corte Constitucional Colombiana.

- * Este artículo es producto de estudios e investigaciones de varios años que han ocupado mi atención, especialmente durante mi desempeño en la Corte Constitucional como magistrada auxiliar; de ellos he escrito en espacios y foros académicos y judiciales. Esta ponencia que presenté para mi ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia en el mes de agosto de 2024 condensa parte de esas inquietudes. Trabajo presentado en sesión solemne del 15 de agosto de 2024 para el ingreso como “Miembro correspondiente” de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- ** Exmagistrada auxiliar de la Corte Constitucional Colombiana. Egresada del programa PIL de la Universidad de Harvard (Boston, Mass.); especialista en Gestión Pública de la Universidad de los Andes (Col.); Máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España); especializada en Derecho Americano de la Universidad de la Florida (USA); diplomada en Argumentación Constitucional con Perspectiva de Género del Instituto Flasco de México; especialista en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (It.); diplomada en Diritto Comparato de la Universidad de Bologna (It.) y diplomada por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. Autora de obras y artículos en materia de derecho constitucional y promotora en Colombia de la *praxis comparada in situ* habiendo hecho

THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA AS A COMPARATIVE RULER

Abstract: Over recent decades, the constitutional courts have employed rulings of foreign constitutional courts in their reasoning, considering that this enriches the legal analysis, their interpretation methods and constitutional approaches. This article examines in a general way the use of comparative arguments in judicial decisions, the motivations of the courts recurring to this method, and specifically those of the Constitutional Court of Colombia when employing foreign material in its rulings.

Keywords: Comparative Law; Constitutional Court of Colombia.

Introducción

Citar o no citar, a la manera del dilema de Hamlet, representa la aporía constitucional que las cortes constitucionales en el mundo enfrentan al adherirse (o no) a diálogos entre pares, a la metáfora de los trasplantes constitucionales o migraciones de ideas jurídicas y, en general, a la práctica de citación de jurisprudencia extranjera. El fenómeno del juez comparatista refleja el creciente uso de ideas, métodos de reflexión, estrategias argumentativas y razonamientos jurídicos, que ya no quedan presos de la sentencia ni de la jurisdicción en la que han sido realizados. Cada vez con mayor asiduidad, los métodos de interpretación y la argumentación judicial se despegan de la sentencia judicial que los contiene y de la jurisdicción territorial donde se pronunciaron, y traspasan las fronteras del Estado. Las causas que pueden explicar este fenómeno podrían estar en la globalización jurídica, el dominio de idiomas y la masificación del inglés como lengua del Derecho; en la similitud de problemas jurídicos en distintas partes del mundo (como, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales, la protección del medio ambiente y de los recursos naturales); en la universalización de los derechos humanos que se han transformado en el derecho común del siglo XXI y la tendencia hacia la compenetración de los órdenes jurídicos del mundo.

Desde el punto de vista de los objetivos, la comparación en general, y como se evidenciará específicamente desde una panorámica crítica de

estancias judiciales en la Corte Suprema de Justicia Argentina, en la Suprema Corte de México, en el Tribunal Constitucional Español, en la Corte IDH y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. Miembro de la Academia de Historia de Cartagena.
Contacto: marpaz5corte@gmail.com

pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional colombiana, se realiza para evidenciar armonía y articulación, para completar un argumento, para llenar un vacío en la argumentación o cuando el contenido de los derechos debe ser interpretado por los tribunales en casos de percepciones en conflicto, vaguedad o falta de claridad conceptual.¹ También se plantea la comparación a título de convicción, esto es, para reforzar un argumento o una interpretación y así lograr mayor convencimiento en los destinatarios de la decisión. Igualmente, puede contribuir a validar la posición argumentada del tribunal, sobre todo cuando se trata de casos nuevos, complejos o difíciles y “cuando el derecho nacional resulta poco claro o contradictorio, obsoleto, o cuando se quiere buscar una fuente de inspiración”.²

La práctica de citaciones extranjeras

Como se ha expuesto, la universalidad de los derechos humanos es parte de un proceso ético que impulsa el desarrollo de unos principios morales fundados en la razón y que llevan al reconocimiento de la igualdad de los seres humanos, siendo ese el asidero de un estándar ya común de prácticas constitucionales que invocan normas o decisiones de cortes extranjeras como apoyo, sustento, fundamento y referencia de sus fallos. La teoría comparada sostiene que la configuración constitucional es claramente distinta en cada uno de los países democráticos y es obvio que existen diferencias importantes entre los ordenamientos jurídicos; sin embargo, al momento de darle lectura a la Constitución, las cortes constitucionales inevitablemente comparten principios que dan soporte al uso del derecho constitucional comparado, y hoy a los diálogos judiciales, en la medida en que permiten conocer cómo han entendido otros tribunales tales conceptos, de qué manera les han dado un contenido argumentativo y a pesar de las particularidades de los casos, las construcciones teóricas de la Constitución se pueden alumbrar recíprocamente.³ Al decir de Slaughter,

¹ Gabriela KNAUL, Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers A/HRC/26/32/Add.1, UN Human Rights Council, 30 abril 2014.

² Iván Daniel OTERO, “La migración de ideas constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” (tesis doctoral, Universidad Externado de Colombia y Università degli Studi di Genova, 2021).

³ Gustavo ZAGREBELSKY, “Corti costituzionale e diritti universali”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2 (2006): 297 ss.

... de lo que se trata es de buscar buenas ideas alrededor del mundo, de que los tribunales se comuniquen entre sí en una forma de deliberación colectiva sobre cuestiones legales comunes

[...] promoviendo una concepción global del *rule of law*, que aunque reconoce las manifestaciones históricas y culturales contingentes, afirma un núcleo de significado común.⁴

En su conocida publicación sobre la justicia constitucional, el profesor Gustavo Zagrebelsky,⁵ refiriéndose al futuro del derecho constitucional afirmó, que el patrimonio de contenidos fundamentales comunes que se encuentra con notable recurrencia en las constituciones modernas es lo que genera un constitucionalismo cosmopolita vigente. Sostiene el profesor italiano que postulados como la igualdad y no discriminación, la dignidad y la prohibición de tratos denigrantes y crueles, la protección de las memorias, los derechos de libertad clásicos y los derechos sociales, la democracia y el derecho de autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales y minorías, etc. operan en el cuadro de los metaprincipios, y mediante su interpretación se ha ido formando un mínimo común denominador “constitucional ultraestatal administrado por jurisdicciones constitucionales locales, en las que se pueden encontrar respuestas comunes frente a cuestiones que tienen repercusiones generales”.⁶ El diálogo entre los tribunales es sin duda, dice el profesor Luigi Ferrajoli, un fenómeno positivo: gracias a él se forma una especie de *Common Law* capaz de acercar las culturas jurídicas partiendo de la común referencia de los mismos derechos fundamentales.⁷ En el ámbito interamericano, para Armin von Bogdandy, citado por Morales Antoniazzi, el diálogo jurisdiccional es un concepto *del ius constitutionale comune*, empleado para legitimar la argumentación de las decisiones, “a fin de convencer a otros actores jurídicos y, es a la vez, manifestación del nuevo paradigma de que

⁴ Henrik LÓPEZ et al., *Transformaciones en el espacio de la soberanía* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2013).

⁵ ZAGREBELSKY, “Corti Costituzionale e diritti”, 297 ss.

⁶ Valeria MARCENÒ y Gustavo ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2012).

⁷ Luigi FERRAJOLI y Mauro BARBERIS, *Los derechos y sus garantías: Conversación* (Madrid: Editorial Trotta, 2016).

una resolución de cualquier tribunal puede ser controlada por otro tribunal. En el escenario actual no hay ya últimas palabras”.⁸

Así entonces, la construcción de este patrimonio de derecho constitucional común parece ser la tarea más próspera de la jurisprudencia constitucional actual. El constitucionalismo de hoy revela, en consecuencia, esa noción presente en el *ethos* de nuestro tiempo y que mantiene un balance entre los partidarios del uso de precedentes extranjeros y los fuertes detractores a esa práctica. Los casos de Canadá y Sudáfrica, por ejemplo, son los más representativos en el recurso a sentencias extranjeras, constituyéndose, en el ámbito internacional en referentes muy importantes en la apertura que los jueces constitucionales muestran respecto al método comparado en la interpretación jurisdiccional. En general, las Cortes alrededor del mundo, de Israel a Brasil y de Corea del Sur a Canadá y Hungría, a menudo consultan el trabajo de sus pares extranjeras al interpretar disposiciones constitucionales similarmente redactadas.⁹ Los medios más rápidos de comunicación, la facilidad para los viajes y la globalización de la formación jurídica contribuyen a la intensificación del préstamo constitucional.

Sin embargo, los críticos del *compromiso constitucional comparativo* en los Estados Unidos, por ejemplo, señalan con frecuencia que se trata de un modelo problemático, porque es incompatible con los núcleos de la democracia y porque es probable que expanda la discrecionalidad judicial de forma perturbadora.¹⁰ El juez Posner de la Corte Suprema Americana afirmaba que, si los principios constitucionales globales son tan numerosos y diversos y “si las opiniones extranjeras son libremente citables, cualquier juez que quiera una cita de apoyo sólo tiene que revolver los *corpora juris*

⁸ Mariela MORALES ANTONIAZZI, “El Estado abierto como objetivo del Ius Constitutionale Commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, 265-299 (México: UNAM, MPI, IIDC, 2014).

⁹ Vlad PERJU, “Constitutional Transplants, borrowing and migrations”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel Rosenfeld y András Sajó, 1304-1321 (Oxford: Oxford University Press, 2012).

¹⁰ Richard A. POSNER, “Foreword: A Political Court”, *Harvard Law Review*, n.º 119 (2005): 32; *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002): 347-348.

del mundo para encontrarla”.¹¹ El magistrado Roberts,¹² de la misma Corte, por su parte sugiere que un problema esencial del compromiso comparativo es que “el juez incorpora sus propias preferencias personales [y] las disfraza con la autoridad del precedente” de una manera que claramente “expande su discrecionalidad” en la interpretación de la Constitución.¹³

Es, precisamente, Estados Unidos, el país donde más se ha discutido el uso de precedentes extranjeros, contando con una historia que refleja el debate que se ha dado dentro de la Corte Suprema entre jueces que han defendido la práctica como Breyer, Kennedy, Stevens, Ginsburg y O’Connor, y otros que se han mostrado contrarios a las citas de fuera, como Scalia, Thomas y Rehnquist. Los casos *Thompson v. Oklahoma* (1988), *Stanford v. Kentucky* (1989), *Printz v. United States* (1997), *Atkins v. Virginia* (2002) y *Grutter v. Bollinger* (2003) calentaron el debate en el tópico de los *excursus* comparativos y en todos ellos está presente el recurso al método comparado, al igual que las posiciones disidentes de los jueces Scalia y Thomas. En *Knight v. Florida*, el tema se hizo más agudo. El justice Breyer recurrió, en gran medida, al método comparativo en su voto particular, discutiendo si de conformidad con la Octava Enmienda debía considerarse inconstitucional el cumplimiento de una sentencia de pena de muerte si el prisionero había esperado su ejecución cerca de 20 años. En opinión de Breyer, el derecho extranjero podría servir en este caso, no como una fuente vinculante, sino

¹¹ Ídem.

¹² Otros críticos judiciales del compromiso comparativo han formulado también argumentos similares: ver, por ejemplo, magistrado Scalia en su debate con el magistrado Breyer, sobre la “Relevancia Constitucional de los Fallos de las Cortes Foráneas” (debate realizado en la American University en 2005, <http://domino.american.edu/AU/media/mediarel.nsf/1D265343BDC2189785256B810071F238/1F2F7DC4757FD01E85256F890068E6E0?OpenDocument>

El autor sugiere que “¿La opinión de un sabio juez de Zimbabue o un sabio miembro del comité jurídico de la Cámara de los Lores, qué tiene que ver con lo que los estadounidenses creen, a menos que realmente piense que le ha correspondido a USTED hacer este juicio moral, un muy difícil juicio moral? Y así al hacerlo para usted mismo y para todo el país, usted consulta cualquiera de las autoridades que usted desea); *Knight vs. Florida*, 528 EE.UU 990, 990 (1999) (Thomas J, concurrir ante la negación del auto de avocación, sugiere que sería “innecesario” para los magistrados específicos comprometerse con principios transnacionales si había apoyo adecuado para su interpretación de la Constitución “en nuestra propia jurisprudencia”).

¹³ John G. ROBERTS Jr., declaración durante las audiencias de confirmación al Senado, 13 de septiembre de 2005, citado en “Roberts Supports Privacy, Precedent in Hearings”, NPR, 14 de septiembre de 2005, <https://www.npr.org/2005/09/14/4846589/roberts-supports-privacy-precedent-in-hearings>.

como “un útil instrumento de interpretación” porque muchos tribunales ya habían tratado cuestiones similares. El análisis de Breyer se enfocaba en las decisiones de varios órganos jurisdiccionales extranjeros como el *Privy Council* del Reino Unido, el Tribunal Supremo de la India y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁴

El caso *Lawrence vs. Texas*, en 2003 (539 U.S. 558 (2003)) es un caso histórico de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al decidir la inconstitucionalidad de las leyes que criminalizaban la homosexualidad. La Corte sostuvo que el caso contrastaba notablemente con los principios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresados en el caso *Dudgeon v. UK*, e igualmente hizo referencia a la descriminalización de la sodomía por parte del Parlamento Británico en 1967 y a la Convención Europea sobre Derechos Humanos.¹⁵ En el caso *Roper vs. Simmons*, explicando el rechazo de la Corte a la pena de muerte aplicada a un crimen cometido por un menor de edad, en el análisis del magistrado Kennedy sobre la Cláusula del Castigo Cruel e Inusual de la Enmienda Octava se incluyó la importancia de ‘la comunidad mundial’ para brindar una “confirmación respetada y significativa para nuestras propias conclusiones”¹⁶ y agregó: “no le resta fidelidad a la Constitución reconocer que la afirmación explícita de ciertos derechos fundamentales por parte de otras naciones acentúa la posición central de esos mismos derechos dentro de nuestro propio patrimonio de libertad”.¹⁷

Por otro lado, los argumentos que rechazan tajantemente el uso del derecho comparado en la Corte Suprema de los Estados Unidos se pueden encapsular de la siguiente manera: (i) en el argumento democrático; (ii) en el criterio de la soberanía; (iii) en el tema de la voluntad de los fundadores y en el argumento de la unicidad del sistema. Los críticos aducen ciertamente que las referencias a las fuentes que no sean americanas por parte de jueces estadounidenses pueden ser (i) selectivas y caprichosas; (ii) pueden reemplazar los propios puntos de vista de los jueces, y (iii) pueden también sugerir un abandono de la democracia y de la autoridad

¹⁴ Rodrigo BRITO MELGAREJO, “El diálogo entre las Cortes Constitucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58, n.º 249 (2017): 83-91. <https://doi.org/10.22201/der.24488933e.2008.249.61025>

¹⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

estadounidense. El tema no ha dejado de abordarse, en *Graham vs. Florida*, 2010, debatía la Corte la posible violación a la VIII Enmienda en los casos de las condenas a perpetuidad de los delincuentes juveniles en los delitos diferentes al asesinato.¹⁸ El juez Kennedy sostuvo que, sin ser *vinculante pero sí relevante*, Estados Unidos debía tener en cuenta la opinión y los consensos internacionales a los que otras Cortes locales y tribunales internacionales habían tenido sobre el tema. En 2015 la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Estados Unidos parece zanjar la discusión con la Resolución 3052, donde se prohíbe a los jueces y funcionarios judiciales utilizar cualquier tipo de material foráneo en la resolución de los casos, a menos que fuera estrictamente necesario para interpretar la Constitución y los actos del Congreso.¹⁹

La Corte Constitucional de Colombia, una comparatista ejemplar

La Corte Constitucional Colombiana no ha sido ajena a la tendencia 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.²⁰ La defino como un juez comparatista clásico, que ha aceptado de ‘buena forma’, con medida a veces, con cautela otras y con exceso otras tantas, la aplicación del método comparado en punto a la jurisprudencia extranjera, desde diferentes perspectivas y teniendo en cuenta que se trata de la interpretación de una Carta de derechos relativamente nueva y con fuerte influencia originaria de otros países. La Corte, con citas explícitas (y otras veces implícitas) hace derecho comparado verificando y constatando cómo ha sido regulado determinado tema o cómo se ha resuelto el problema jurídico formulado en la legislación y en la jurisprudencia foránea. En sus sentencias, un grueso acápite o unas simples referencias anuncian, por lo general, que se hará derecho comparado y luego se mide su impacto en la decisión.²¹

¹⁸ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

¹⁹ OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”.

²⁰ Ángel Aday JIMÉNEZ ALEMÁN, “Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40 (2017): 530-559.

²¹ OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”.

Del número de sentencias revisadas para esta investigación podrían extractarse varias facetas de la Corte en clave comparada, otras de simples referencias y un número menor con una postura contraria a la citación externa. Igualmente, se observó *ex genere*,²² que los usos del derecho comparado por parte de la Corte Constitucional pueden tener origen en diversas etapas del proceso argumentativo: (i) en la interpretación de los hechos relevantes del caso; (ii) en la delimitación del caso concreto; (iii) en la construcción de argumentos; (iv) en las posibles soluciones del problema jurídico; (v) en la formulación de remedios, y en el diseño de instrumentos dirigidos al cumplimiento de la sentencia, entre otros.

En efecto, las características que muestra la práctica en la Corte Constitucional colombiana podrían tener los siguientes rasgos:

El primer matiz surge de la propia jurisprudencia, cuando afirma que el recurso al derecho comparado es, sin lugar a dudas, valioso, en la medida en que facilita la comprensión de determinadas instituciones jurídicas; tanto más en cuanto nos encontramos en un mundo globalizado, donde son cada vez más frecuentes las recíprocas influencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, precisó la Corporación en el año 2006 que, “no por ello podía olvidarse que se trata tan solo de un criterio auxiliar de interpretación y que lo determinante en materia de hermenéutica constitucional es partir del texto de la Carta Política Colombiana y de la realidad que constituye el objeto de regulación”.²³

Una segunda característica por destacar es la que se refiere a la *voluntariedad* de la hermenéutica comparativa.²⁴ Cuando los jueces emplean precedentes extranjeros para darle contenido a su marco local, lo hacen libremente en aras de construir una mejor decisión.²⁵ Se trata así, de una práctica libre y voluntaria, por cuanto las citaciones que la Corte Constitucional

²² C. SANDERS, “Judicial Engagement with Comparative Law”, citado en Laura Clérico, “Notas y preguntas sobre el uso del derecho comparado por la Corte IDH”, *Discusiones XIV*, n.º 14 (2014).

²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-342 de 2006, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-342-06.htm>.

²⁴ Tania GROPPY y Marie-Claire PONTTHOREAU, eds., *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Oxford: Hart Publisher, 2013).

²⁵ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “What do we mean when we talk about Judicial Dialogue: Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 30 (2017): 89.

Colombiana realiza no constituyen una obligación, no es imperativa su práctica, no consta en su reglamento ni obedece a un canon metodológico preestablecido; quiere decir, que ningún magistrado se ve forzado a tener en cuenta la jurisprudencia extranjera en el cuerpo de su sentencia ni a establecer conversaciones judiciales con tribunales pares en el extranjero, no siendo tampoco compelido por el pleno de la Corporación para ello; lo que confirma que se trata de un método que corre por cuenta del arbitrio de los magistrados, de un método de interpretación no generalizado al interior de la Corte y que es utilizado, caso por caso, cuando realmente algún magistrado quiere persuadir con la citación extrasistémica o ilustrar un determinado punto de derecho.

En suma, son usos totalmente voluntarios por parte de la Corte a la hora de interpretar la norma fundamental o resolver un conflicto; por más reiterada que hoy parezca su práctica, no se trata de un uso normativamente impuesto (tampoco prohibido),²⁶ 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 magistrados. No existe entonces un uso *ratione imperii* por parte de la Corte Constitucional Colombiana cuando hace interpretaciones comparativas de sentencias proferidas por otros tribunales constitucionales; utiliza el derecho extranjero porque ‘quiere’, no porque ‘debe’. Bajo ese entendido, la mayor parte de las veces, las citas que hace la Corte Constitucional de jurisprudencia extranjera han servido para (i) construir la *ratio decidendi* de los asuntos puestos a su consideración, ya sea de manera elíptica o alusiva; (ii) han sido una herramienta útil para interpretar textos legales y (iii) en otras ocasiones, se trata simplemente de un ornamento a la decisión o (iv) el reconocimiento de un *argumentum quod ad auctoritatem*.

Un claro ejemplo de cómo la Corte Constitucional Colombiana construye su *ratio decidendi* con la semblanza de casos extranjeros fue la Sentencia T-832 de 2011, que discutía la tensión entre el principio de laicidad y libertad religiosa en el ámbito de la educación; la Corte señaló que para resolver el caso concreto presentaba “*un recuento del derecho comparado*” para poner de presente el tratamiento que confería el ordenamiento jurídico de otros países a las situaciones en las cuales los estudiantes que profesaban

²⁶ JIMÉNEZ ALEMÁN, “Universalismo y particularismo en ...”.

una religión minoritaria utilizaban símbolos o atuendos acorde a sus convicciones. Explicó la Corte que, si bien el caso que estudiaba carecía de varios de los elementos que se resaltaban en el derecho comparado, la Corporación quería poner de presente las diversas implicaciones constitucionales involucradas en la materia, en tanto el objetivo consistía en “*ubicar el problema jurídico en el contexto internacional.*” Las citas extranjeras fueron utilizadas, en este caso, para armar la *ratio* de la sentencia, al concluir en la parte resolutive, que del panorama internacional que se había efectuado se derivaban los elementos que permitían ubicar el sentido de la decisión que debía adoptar la Corte.²⁷

La mayor parte de las ocasiones en las que la Corte Constitucional cita precedentes extranjeros busca, principalmente, mostrar “un horizonte orientador o un panorama ilustrativo”;²⁸ a juzgar por lo que sostiene la doctrina, la máxima que orienta la dinámica en estos casos es ‘primero miremos alrededor, luego decidamos’.²⁹ Para la misma Corte, “el derecho comparado, tanto jurisprudencial como legislativo, cumple la función no solo de ejemplificar las alternativas sino de ilustrar cuáles son más amplias y cuáles más restrictivas”, dijo en la trascendental Sentencia C-355 de 2006 sobre la interrupción voluntaria del embarazo.³⁰ Análogo sentido el de la Sentencia T-1077 de 2012 sobre la aplicación en sede colombiana del principio de precaución en los casos de ondas de teléfonos que podían afectar la salud de los usuarios, luego de extensas citas de fallos extranjeros concluyó: “La jurisprudencia de otros países también ha optado por aplicar el principio de precaución ante la falta de certeza científica sobre los efectos nocivos causados a la salud de las personas como resultado de la exposición a campos electromagnéticos”.³¹ Una línea similar vimos en la Sentencia C-683 de 2015 sobre la adopción homoparental, cuando la Corte señaló: “... en el presente acápite la Corte se propone *ilustrar brevemente la experiencia* sobre este asunto en el derecho comparado, reseñando

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-832 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-832-11.htm>

²⁸ GROPPY y PONTTHOREAU, eds., *The use of Foreign Precedents...*

²⁹ Ídem.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, MP Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1077 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-1077-12.htm>

algunas consideraciones relevantes de tales casos, especialmente desde la óptica del interés superior del menor”.³²

Fue el estilo argumentativo utilizado por igual en la Sentencia T-099 de 2015 sobre las garantías de acceso al servicio militar obligatorio a las mujeres y a los hombres transexuales, donde la Corte Constitucional sostuvo: “La Sala presentará diversas experiencias del Derecho Comparado sobre la situación general de la población transexual y, en particular, los casos de algunos países con un sistema de conscripción similar al de Colombia que ya han abordado de alguna manera los dilemas constitucionales que surgen de la protección de la identidad de género y la orientación sexual”.³³ Lo propio vimos en la Sentencia C-406 de 2022 sobre la facultad otorgada a la Policía Nacional para acceder a circuitos de vigilancia y seguridad privadas para acciones de prevención, donde la Corte se vale del “aporte” de casos del Tribunal Supremo Alemán (Bundesgerichtshof) y del Tribunal Superior de Hamburgo,³⁴ y más recientemente, la Sentencia T-262 de 2023 en el mismo uso del argumento comparado sostuvo que, a manera “de ilustración, se abordaban los marcos normativos, y los pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales de otros países en los cuales se definía y determinaba el alcance del acoso escolar y/o ciberbullying escolar”.³⁵

Se aprecia así que la jurisprudencia extranjera, en estos casos, que son los más frecuentes, es citada por la Corte dentro del mismo contexto del proceso que se decide.³⁶ En muchas ocasiones, la Corte explica los escenarios y los contextos en los que se presentan los casos en jurisdicciones extranjeras. En otros, tiende a referirse a los fallos extranjeros sin discutir o analizar realmente lo que ellos significaron en el país de origen, circunstancia que para muchos podría jugar en contra del diálogo y de contera minimizar la comparación, pero que, en mi parecer, no desalienta la práctica, en

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-683 de 2015, MP Jorge Iván Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-099 de 2015, MP Alberto Rojas Ríos, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-099-15.htm>

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-406 de 2022, MP Diana Fajardo Rivera, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/c-406-22.htm>

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-262 de 2023, <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30046890>

³⁶ GROPPY y PONTTHOREAU, eds., *The use of Foreign Precedents...*

tanto se cumple por igual la finalidad de *síntesis*.³⁷ En efecto, el diálogo entre Cortes persigue alcanzar razonamientos que permitan al sistema local seguir funcionando sin renunciar a sus elementos esenciales y a sus características propias. Estas decisiones se han llamado por la doctrina soluciones *de síntesis*, es decir, se buscan respuestas compatibles con ambos ordenamientos al margen de que se logre una adecuación plena.

Es la idea sostenida por el profesor Vlad Perju de la Universidad de Harvard, cuando dice que el ideal cosmopolita en el derecho constitucional puede justificar el préstamo constitucional por parte de los jueces, incluso sin tomar en consideración la existencia de consensos.³⁸ Y es la afirmación de Ferrer Mac-Gregor cuando indica que “debido a su naturaleza, el diálogo judicial es inherentemente una metodología flexible que no busca producir uniformidad absoluta en cada caso decidido por las cortes locales. En el diálogo judicial, es natural y válido encontrar diversas discrepancias y criterios entre las distintas cortes de diferentes jurisdicciones”.³⁹ En resumen, la comparación expone favorablemente a las cortes a la riqueza de opiniones y al conocimiento práctico de los jueces que han afrontado problemas concretos similares en un contexto diferente.⁴⁰

Lo que sí se advierte en muchas ocasiones, es que el abanico de decisiones foráneas es tan heterogéneo y versátil que la gran mayoría de temas constitucionales tienta a los magistrados casi que a ‘elegir estratégicamente’ aquellas decisiones que mejor soporten una idea preconcebida. En la medida en que se enfrenta a una red de soluciones, el juez constitucional busca la más cómoda sobre la base de valoraciones personales o de precedentes jurisprudenciales. La crítica a esta opción la evidencian los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos, Scalia y Roberts, quienes sostienen que el uso de la jurisprudencia extranjera forzosamente amplía el rango

³⁷ Rafael BUSTOS, “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95 (2012): 13-63.

³⁸ Vlad PERJU, “Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, 1304-1321 (Oxford: Oxford University Press, 2012).

³⁹ Eduardo FERRER MAC-GREGOR, “What do we mean...”

⁴⁰ Ídem.

de discrecionalidad judicial, porque “es como observar una multitud para buscar a nuestros iguales, antes o después, algo se encuentra”.⁴¹

Este procedimiento que, *prima facie*, realmente parece poco sistemático, no deja de ser una práctica cuestionable, porque el magistrado va seleccionando casi al azar aquellos fallos que contengan argumentos que luego le permitan una argumentación fluida y con aptitud de convencer a sus pares, pero en esa tarea va dejando también sin justificación otras sentencias o argumentos que contienen razones que no benefician su postura pero que, en el universo de pronunciamientos, pueden tratar el tema debatido.⁴² Para algunos comparatistas, hay ciertamente un peligro en esta tendencia que se denomina *cherry picking*,⁴³ es decir, en el uso selectivo y estratégico de precedentes extranjeros; no siendo desacertadas las críticas, considero sin embargo, (i) que el uso del argumento comparado de manera estratégica no conlleva ningún peligro adicional al de cualquier otro método de interpretación, recuérdese que se trata las más de las veces de presentar el derecho comparado como una autoridad persuasiva, y se trata un riesgo latente en cualquier tipo de argumento interpretativo; (ii) siempre será la mesura y la cautela la que llevan al juez a escoger lo mejor entre mucho, a seleccionar el material que le permita adoptar la decisión más justa, y ello debe ser así bajo cualquier método de interpretación constitucional; (iii) se trata además de reparos que ignoran el proceso de formación de las sentencias constitucionales, concentrado en un *iter multivectorial* en el que se dan cita claramente todas las fuentes formales del derecho y donde el juez, voluntariamente, busca enfrentar su caso a las interpretaciones más adecuadas, sea utilizando los métodos tradicionales de interpretación, o persuadiendo con la retórica comparada.

A mi juicio, el camino de una selección estratégica o táctica del material foráneo solo podría problematizarse en el evento en que una sentencia intente estructurarse únicamente con el *argumento comparado*, porque allí sí estaríamos ante una *trampa en la argumentación*, y ante un posible atajo de la Corte para no encarar la motivación correcta soslayando las fuentes formales del derecho que sí le son imperativas y rindiéndose a la

⁴¹ Antonin SCALIA y John ROBERTS, Opiniones concurrentes en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁴² Iván Daniel OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”

⁴³ GROUPI y PONTTHOREAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*

fuerza del criterio extranjero. Por ello, resumo el tema en clave de remedio a las críticas de la selección estratégica de sentencias de ordenamientos extranjeros: i) que la autoridad persuasiva de una fuente extranjera elegida voluntariamente y sin mayor explicación dependerá, seguramente, de una combinación entre lo estrictamente comparable y la intención real de lo que se persigue, es decir, si se busca hacer un trasplante *stricto sensu*, o si se quiere comparar solo para ilustrar pero sin seleccionar el material, si se busca únicamente consultar las referencias sin citarlas expresamente, o si la finalidad es estar informados de lo que pasa en otros terrenos democráticos constitucionales y así anunciarlos escuetamente en el fallo, y ii) que al momento de argumentar, la Corte Constitucional Colombiana ha crecido enormemente en autonomía dentro del proceso decisorio, y en tanto ha aumentado el grado de libertad a la hora de seleccionar los materiales jurídicos –internos o externos, locales o extranjeros– que sostienen sus decisiones, ha perfeccionado la ponderación de las consecuencias de las sentencias, ha medido el impacto de sus citas y ha diseñado estándares de valores que deben privilegiar dentro de los test de igualdad, de proporcionalidad y, en general, de la gama de rutas que la conducen a la toma de la decisión.

Una muestra de la *elección estratégica* de los casos que sirven para orientar el sentido de una decisión, fue la del fallo sobre el derecho al agua, C-740 de 2011, en donde la Corte claramente indicó que “a su juicio escogía solo los casos que consideraba más relevantes”, en la estela del Derecho Comparado:

En los últimos años, en el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales. A continuación, se estudiarán de *manera selectiva* aquellos Estados, que, a juicio de esta Corporación, se consideran más relevantes.⁴⁴

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-740 de 2011, MP Nilson Pinilla Pinilla, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-740-11.htm>.

La Sentencia C-018 de 2018 de manera cuidadosa también opta por la *selección estratégica*, y a fin de evitar la citación inocua de casos irrelevantes (citación en la que en ocasiones cae la Corte cuando cita 20 o 30 países para seguir solo la pauta de dos o de ninguno), selecciona cuidadosamente los casos que servirán a la causa que se discute, anunciando que

... con base en estas funciones, el estudio que se realizará a continuación buscará mostrar las condiciones y garantías para el ejercicio de la oposición política a través de un análisis de derecho comparado. Sin embargo, antes de realizar esto, deben plantearse ciertas precisiones con el fin de optar por una adecuada selección de casos que permitan una comparación apropiada con el sistema colombiano.⁴⁵

De allí que la sentencia solo presentó el análisis comparado de la oposición política en regímenes presidenciales, especialmente en países de América Latina, cuya cultura y desarrollo histórico son asimilables al del caso colombiano. La Sentencia T-007 de 2020, referida al alcance de los derechos a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la imagen de la persona fallecida, dejó ver igualmente, *la preferencia estratégica* por la cita de jurisprudencia española: “Para ello, *se hará referencia particular* al derecho español, por ser uno de los países con mayor desarrollo sobre los derechos a la honra, al buen nombre, a la imagen y a la intimidad de las personas fallecidas”.⁴⁶

También ha sido utilizado y calificado el derecho comparado como *criterio de razonabilidad*. En la Sentencia T-904 de 2014 referida a la opción de muerte digna, al anunciar el esquema de resolución del caso, la Corte indica que: “se basará en el derecho comparado como criterio de razonabilidad en la decisión de esta Corporación, para lo cual analizará la regulación que algunos países le han dado al asunto”.⁴⁷

Las *comparaciones explícitas*, son otra manifestación comparada, donde la Corte revela que sus decisiones se ajustan a consensos generales sobre determinados temas y la comparación tiene la virtud de permitir que la

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-018 de 2018, MP Alejandro Linares Cantillo, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87121>

⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-007 de 2020, MP José Fernando Reyes Cuartas, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/t-007-20.htm>

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-904 de 2014, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-904-14.htm>

decisión se apoye en mejores argumentos, al tener en cuenta la interpretación que otros jueces extranjeros han hecho en casos similares. La Sentencia T-439 de 2009, un caso arquetipo sobre el derecho a la propia imagen, se amparó en casos casi idénticos resueltos en Alemania y en Estados Unidos;⁴⁸ otro caso modélico sobre los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión e información da cuenta de esta misma vertiente de citación, es el proceso T-063 a de 2017 donde los precedentes extranjeros sirven explícita y literalmente de soporte a las decisiones tomadas por la Corte.⁴⁹

Las voces de la doctrina comparada indican que, en estos casos, se trabaja con el *argumento probatorio*,⁵⁰ referido a las ocasiones en las que los jueces citan precedentes extranjeros específicos con el propósito de apoyar su fallo, y la comparación se produce en una etapa diferente del proceso de toma de decisiones, en la cual la lectura interpretativa ya ha sido seleccionada y solo debe volverse convincente. Ha de destacarse a la luz de estos casos que, generalmente, los países de inclinación a las citas extranjeras suelen tener en cuenta la jurisprudencia proveniente de los sistemas jurídicos de donde se han nutrido en el proceso constituyente, y de donde claramente se han trasplantado, desde la base, muchos valores y principios. En la tarea de comparar las Cortes utilizan el clásico *préstamo genealógico*, que facilita la importación de jurisprudencia entre países que tienen una relación de descendencia e historia común. Nadie ignora, por ejemplo, la tendencia imitativa, la fascinación y la gran influencia de la jurisprudencia americana en la jurisprudencia argentina, constituyéndose por excelencia en un caso paradigmático de *préstamo genealógico*. Algunos comparatistas sostienen que las influencias, las comparaciones, las imitaciones, son mucho más frecuentes entre sistemas parecidos, aunque, en realidad, la circulación de modelos puede tener lugar también entre sistemas profundamente diferentes. A su juicio, en los procesos de imitación-recepción, resultan particularmente importantes las condiciones de comprensión de los modelos, y un rol determinante es la lengua en la que el modelo se expresa. Es oportuno entonces el siguiente interrogante:

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-439 de 2009, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-439-09.htm>

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063A de 2017, MP Jorge Iván Palacio Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-063a-17.htm>

⁵⁰ GROPPY y PONTTHOREAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*

¿está la Corte Constitucional Colombiana seducida por un país ‘modelo’ para realizar las citas extranjeras? ¿Tiene alguna Corte extranjera un lugar privilegiado en el nicho citacional comparado de la Corte Colombiana?

La respuesta es que, a la hora de ampliar el espectro de citaciones, la Corte Constitucional Colombiana se refiere, indistintamente, a sentencias de diferentes países, en ocasiones ajenos al modelo constitucional doméstico, sin que criterios como el idioma y la cultura sean óbice para hacer la respectiva comparación.⁵¹ Valgan algunos ejemplos claves para demostrarlo: la sentencia relativa a la interrupción voluntaria del embarazo –C-355 de 2006– expuso una perspectiva normativa y jurisprudencial en países como India, Irlanda y Hungría;⁵² lo propio se hizo en la sentencia referente a la exclusión de responsabilidad penal en los delitos de injuria y calumnia –C-417 de 2009– donde la Corte relacionó comparativamente los casos de Sri Lanka, Bosnia y Herzegovina;⁵³ otras de igual enjundia, sobre la licencia de paternidad remunerada –C-174 de 2009– que trajo al caso colombiano un fallo similar dictado en Noruega;⁵⁴ la sentencia sobre las corridas de toros –C-8889 de 2012– direccionada por la casuística de los tribunales de la India y de Francia;⁵⁵ la sentencia sobre la adopción de menores por parejas igualitarias –C-683 de 2015– que ilustró el derecho comparado en Alemania, Austria, Sudáfrica, Italia, México y Canadá,⁵⁶ la sentencia relativa a las visitas conyugales en establecimientos carcelarios –T-378 de 2015– en la que se hizo un barrido comparado en países como Dinamarca y Suecia⁵⁷; en la Sentencia C-059 de 2018, sobre la tenencia de animales potencialmente peligrosos, se hicieron citaciones de diversos

⁵¹ OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, MP Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417 de 2009, MP Juan Carlos Henao Pérez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-174 de 2009, MP Jorge Iván Palacio Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-174-09.htm>

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-889 de 2012, MP Juan Carlos Henao Pérez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-889-12.htm>

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-683 de 2015, MP Jorge Iván Palacio Palacio, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/c-683-15.htm>

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-378 de 2015, MP Alberto Rojas Ríos <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-378-15.htm>

tribunales en EE.UU., como las Cortes de Ohio, Florida y California⁵⁸ y, recientemente, en la Sentencia T-127 de 2024, en punto a la discusión en torno a la maternidad subrogada, se abordó la misma regulación en el Brasil, Uruguay, Sudáfrica, Reino Unido, México (Estado de Tabasco) y Nueva Zelanda.⁵⁹ Todo lo anterior sin contar los 35 países citados en la Sentencia C-017 de 2018 que realizó el control de constitucionalidad sobre algunos artículos del Decreto Ley 588 de 2017, por medio del cual se organizó “... la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición”.⁶⁰

Este rasgo refuerza, *grosso modo*, tres aspectos importantes: (i) que, en la Corte Constitucional colombiana, no hay en general predilección por un ordenamiento u otro y no se ve atrapada la Corte por el *prestigio* de sus pares a la hora de explicar la circulación de jurisprudencia. Esto puede deberse a que la citación de la Corte Constitucional colombiana va en doble vía, la Corte cita y es profusamente citada por países como Chile, Ecuador, México y Costa Rica, entre otros;⁶¹ (ii) que la *tabla de valores comunes y los troncos de origen* son obviamente criterios relevantes para hacer la citación y la comparación, pero no son los únicos; (iii) que la Corte Constitucional Colombiana no está alineada a seguir modelos constitucionales, es decir, aquellos que han sido histórica y largamente imitados como EE.UU. y Alemania y (iii) que los *diálogos* superan hoy la idea de la aplicación escueta del derecho comparado, en tanto representan intercambios judiciales no limitados a la lógica de países troncales, emisores, receptores, amigos, conocidos, vecinos, cercanos o familiares.

Por ello, en lo que actualmente se conoce como la *Comunidad Global de Cortes*, tienen cabida la experiencia de todos los países, incluso la de aquellos de la periferia o sin mayor tradición constitucional. La profesora Natalia Ángel explica, que hoy el intercambio entre Cortes no solo apunta al flujo de experiencias exitosas, *sino también a las dificultades que pueden encontrar los jueces a la hora de tomar decisiones constitucionales*,

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-059 de 2018, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/c-059-18.htm>

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-127 de 2024, MP Jorge Enrique Ibáñez Najjar, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2024/t-127-24.htm>

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-017 de 2018, MP Diana Fajardo Rivera.

⁶¹ OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”.

aciertos y desaciertos presentes en todas partes del mundo.⁶² Una reflexión a guisa de ejemplo en esta modalidad de concebir el argumento comparado la encontramos, recientemente, en la sentencia relativa al consentimiento informado cuando se trata de la implantación de embriones; la Corte acudió al argumento comparado a sabiendas de que en esa búsqueda no hallaría una solución clara para el caso, al constatar que el derecho comparado tampoco lo tiene definido. Sostuvo la Sentencia T-357 de 2022 que “sobre esta materia, el derecho comparado evidencia que no existen soluciones uniformes”.⁶³ Más adelante, explicaremos cómo, en algunos casos, pese a la gama de citas foráneas plasmadas en las sentencias, muchos modelos logran adaptarse al nuestro con argumentos convincentes y otros deben rechazarse con argumentos aversivos.

Es interesante observar cómo una comparatista nata como la Corte Constitucional colombiana, que explícitamente recurre al Derecho Comparado incluyendo precedentes extranjeros en la fundamentación jurídica de sus sentencias y en los salvamentos de voto, no abandona la *tradición* en materia de interpretación constitucional, y su reiterado rigor claramente sigue permeando la argumentación de sus providencias; al no tener una imperiosa necesidad de “abandonar la parroquia”, prefiere la Corte Constitucional, en ocasiones, moverse sobre terrenos más seguros con interpretaciones tradicionales, sistemáticas, teleológicas, de armonización de derechos, de aplicación de *test*, de seguimiento de precedentes y, en general, en espacios más abiertos y solventes al razonamiento discursivo. Significa, que la interpretación constitucional actual por parte de la Corte Constitucional involucra consideraciones de varias fuentes interpretativas: la semántica, la histórica, la sistemática, el *telos* legislativo, el juicio de proporcionalidad, la disciplina de precedentes, los test de igualdad y, si se quiere también, la comparación, que por lo general da luces sobre el funcionamiento del propio sistema local, y ayuda a la Corte a calibrar los enfoques que sobre los mismos temas se adopten en otros foros constitucionales. Así entonces, lo que algunos llaman el *comparativismo cauteloso*, es, en estos escenarios, consistente y respetuoso con las prácticas interpretativas pasadas, en tanto

⁶² LÓPEZ et al., *Transformaciones en el espacio...*

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-357 de 2022, MP José Fernando Reyes Cuartas, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/t-357-22.htm>

constituye una herramienta para mejorar la reflexión con respecto a lo que la Constitución significa para todos.

Como lo expone el profesor Iván Otero, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado desde sus inicios una postura permisiva frente al fenómeno de la migración de ideas constitucionales, que ha fomentado a través del recurso al derecho comparado.⁶⁴ Evidentemente, el uso del argumento de derecho comparado tiene especial sentido para la Corte Constitucional colombiana, cuando el análisis de la jurisprudencia extranjera o de los ordenamientos extranjeros, muestra a los magistrados paradigmas de razonamientos jurídicos que quizás no están presentes en la lectura doméstica del problema que se estudia, al tiempo que le ha sido oportuno para verificar una cierta solución funcional en la práctica, posibilitando un argumento empírico acerca de la consecuencia de una solución posible al caso concreto. La experiencia enseña que el uso del argumento comparado ha permitido a la Corte Constitucional acordar, disentir, inspirarse, y de manera particular: (i) desarrollar puntos de vista a través de los cuales encuentra propuestas interpretativas novedosas; (ii) evaluar hipótesis posibles de solución a problemas jurídicos concretos; (iii) discernir sobre la relevancia de argumentos que no se han planteado a nivel nacional para acogerlos o desecharlos e (iv), incluso, para mostrar modos distintos de incorporar el razonamiento moral a la interpretación de la protección de los derechos fundamentales.⁶⁵ En conclusión, la herramienta del derecho comparado, desde la experiencia de la Corte Constitucional colombiana, ha sido útil para enriquecer el razonamiento jurídico propio y eventualmente superar lagunas o vacíos en el ordenamiento local, verificando, como debe ser, el grado de compatibilidad de las soluciones extranjeras y las propias.

Las referencias y *citas implícitas* a la jurisprudencia extranjera también merecen mencionarse. La Corte Constitucional colombiana maneja en ocasiones citas crípticas foráneas,⁶⁶ es decir, diálogos con otras sentencias pero que no se reflejan en el fallo. Es el caso de las referencias, por ejemplo, que la Corte ha elaborado de conceptos como el de dignidad y

⁶⁴ OTERO, “La migración de ideas constitucionales...”.

⁶⁵ J. J. MORESO, “El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2018), 73-93.

⁶⁶ Rodrigo BRITO MELGAREJO, *El uso de sentencias extranjeras en los tribunales constitucionales* (Barcelona, 2010), https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/720_es.pdf

el mínimo vital⁶⁷ de claros traslados de jurisprudencia alemana, pero que expresamente no se mencionan en las sentencias, son fuentes de influencias ocultas que usualmente no aparecen en la decisión. A mi juicio, es un uso muy cuestionado de la Corte, en la medida en que no solo sorprende a los accionantes con referencias y argumentos invisibles, sino que se trata de una práctica más cercana a los ordenamientos apáticos a la citación. Es obvio que, en las cortes reticentes a las citas (mas no en las cortes “citadoras”) suele esconderse el argumento comparado precisamente para no dar cuenta del derecho foráneo.

La comparatista italiana Tania Groppi se refiere a este tema señalando que las *influencias implícitas* pueden, o funcionar inconscientemente a través por ejemplo de patrones de valores desarrollados durante una formación jurídica extranjera o, a la inversa, conscientemente, pero ocultas al público. Sin embargo, aclara, que, en el mundo globalizado de hoy, las *influencias implícitas* son muy probables, independientemente de la actitud de una corte para citar los precedentes extranjeros explícitamente. En la mayoría de las cortes que no citan precedentes extranjeros, existen departamentos especiales de relaciones internacionales e investigación que les proporcionan a los jueces información completa de las sentencias y sus respectivas traducciones cuando son fallos extranjeros. Esto ocurre en Rusia, por ejemplo, donde ese departamento compila datos de la práctica de cortes extranjeras que luego implícitamente el ponente refleja en sus decisiones.⁶⁸

Se advierte igualmente, cómo el derecho comparado ha permitido a la Corte Constitucional interpretar y precisar incluso *el alcance de derechos fundamentales innominados*, aquellos que sin pertenecer de manera explícita al elenco constitucional, hacen parte de las garantías protegidas, especialmente en proceso de tutela, en tanto su construcción jurisprudencial a la luz de postulados como la dignidad humana (artículo 94, Constitución Política Colombiana) les otorga la entidad de un derecho fundamental. Es el caso de la Sentencia T-057 de 2015 sobre *The right to try* donde la Corte precisa “que de cara a los casos que ha conocido el derecho comparado, procede examinar el contenido y el alcance del denominado ‘derecho a

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm>

⁶⁸ GROPPY y PONTTHOREAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*

que sea intentado' o *right to try*”,⁶⁹ circunscrito al ámbito médico, cuando deban agotarse todas las posibilidades científicas existentes, incluso las de carácter experimental para poder hacer tratamientos rehabilitadores a personas en estado vegetativo persistente o de conciencia mínima. El diálogo judicial en eventos similares ayuda a la Corte a decidir sus casos con mayor consistencia, e incluso a darle un viraje interesante a sus precedentes, al tener en cuenta el progreso alcanzado en otras regiones.⁷⁰

Otra arista destacable, al tiempo que *cuestionable*, es la *cita indirecta* de jurisprudencia extranjera. Corresponde a una práctica frecuente en la Corte Constitucional cuando concreta citas de jurisprudencia de otros países, pero no a través del texto original, sino de obras de doctrina constitucional, de autores o instituciones extranjeras. Muestra de ello es el siguiente párrafo de la Sentencia C- 417 de 2009:

Existe otra opción legislativa interesante y es la que se contempla en el criminal law de los Estados Unidos de Norteamérica. En este caso, como ocurría en el antiguo derecho nórdico, la carga de la prueba se invierte, pues se considera que es muy oneroso para el debate público exigir que se pruebe lo afirmado. Se traslada así la carga de la prueba al afectado, quien debe probar que la formación es falsa y que quien lo informó obró con conocimiento de la falsedad, o con temerario desinterés acerca de la verdad. Vid. Centro de Estudios e Investigaciones de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la U.N.R. N.º 2, que a su vez cita a la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. También Soria, Carlos. Derecho a la información.⁷¹

Deja ver esta línea de citación, que la influencia del derecho extranjero no se manifiesta solo a través de una comparación efectuada directamente por los jueces de cara a los fallos de otros tribunales, sino también mediante el reenvío a obras de doctrina, que a su vez podrían estar analizando la jurisprudencia de fuera con lentes *comparativos sesgados, o por lo menos ya filtrados*. Una mirada más benevolente frente a la cita indirecta diría con algunos cultores de los estudios comparados, que, en la cita indirecta, la

⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-057 de 2015, MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-057-15.htm>

⁷⁰ FERRER MAC-GREGOR, “What do we mean...”

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>

doctrina tendría la misión de preparar el terreno para la recepción, por parte de la jurisprudencia interna, de soluciones usadas en otros ordenamientos. Se aprecia esta dinámica también en la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley de protección de datos, C-748 de 2011, en la que claramente la Corte hace *citas indirectas* de derecho comparado en la argumentación de su sentencia.

En ocasiones, la cita de disposiciones constitucionales y de jurisprudencia extranjera *no se hace para confrontarla ni para asumirla*, ni para cotejarla, ni para seguirla, ni para matizarla, tan solo se hace para mostrarla o para “mostrarse”; es una esclusa caprichosa, un uso delgado del argumento comparado, casi ornamental, que parece *forzado* porque busca hacer aceptable una decisión bajo el paraguas de legitimidad que pueden dar—solo en abstracto algunas veces— las citas foráneas. Es el caso, entre muchos, de la Sentencia T-594 de 2016, en donde la Corte simplemente quiso hacer *referencias comparativas* al estado actual de la jurisprudencia en algunos países en torno a la “*actuación policiva con fundamentos discriminatorios*” (llamado *perfilamiento* en otros Estados), pero luego, en el caso concreto y en las conclusiones al mismo, nada dice del “*servicio*” o *la utilidad* del derecho comparado; se resuelve el caso con una hermenéutica interna y con la sistematización de normas y principios constitucionales propios.⁷²

Conviene observar de la misma manera, que las citas de jurisprudencia extranjera realizadas por la Corte Constitucional Colombiana prevalecen en los *fallos sobre derechos fundamentales*, mientras que aparecen con menos frecuencia en los fallos institucionales o aquellos que estudian la parte orgánica de la misma, circunstancia que se advierte por igual en otros países del mundo.⁷³ *Ratione materiae*, podría sostenerse que, en Colombia, los precedentes extranjeros son citados regularmente en: (i) *casos relativos a cuestiones nuevas*, controversiales, sin referentes nacionales, que podríamos encajar como casos difíciles, como la interrupción voluntaria del embarazo, los matrimonios igualitarios, el derecho a morir dignamente, la adopción por parejas del mismo sexo, el *habeas data*, la actividad taurina, los derechos de los inmigrantes, la consulta previa,

⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-594 de 2016, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_884.pdf.dejusticia.org

⁷³ Lucio PEGORARO y A. RINIELLA, *Diritto Pubblico Comparato* (Padua: Cedam, 2002).

el principio de precaución, los derechos de los animales, la honra y la propia imagen de las personas fallecidas, el derecho al agua, el derecho a la alimentación, al mínimo energético, las nuevas tecnologías, el derecho al internet y el derecho de las víctimas, entre muchos otros; (ii) *en temas bioéticos*, como el consentimiento informado, la inseminación artificial, el derecho al diagnóstico, la donación de órganos, la disposición de la propia vida, el derecho a intentar todos los tratamientos médicos (*right to try*), los derechos de las personas con discapacidad, la donación de sangre en ciertas religiones, la vacunación masiva, los cambios de sexo, la objeción de conciencia, las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada y la congelación de embriones y (iii) para asuntos *con un impacto político* y social potencialmente importante como la sostenibilidad fiscal, la sustitución a la Constitución, la reelección presidencial inmediata y los acuerdos de paz, por citar casos ejemplares.

Relevante aspecto es el de la indudable ‘*juventud*’ de la Constitución Colombiana, lo que podría hacerla propensa al uso del argumento comparado y a la ‘*conversación constitucional*’. Se ha subrayado que existe mayor propensión a usar la comparación (i) en los ordenamientos de dimensiones reducidas, (ii) donde conviven varios sistemas jurídicos, (iii) en los estados multiculturales como Suiza, por ejemplo, y (iv), claramente, en los países ‘democráticamente jóvenes’.⁷⁴ Es evidente que la promulgación de una nueva Constitución en cualquier país, promueve la apertura hacia los precedentes extranjeros, precisamente porque el vacío y la precariedad inicial en la construcción temprana de precedentes y subreglas frente a casos concretos abona el terreno para la citación de casos extranjeros.

La necesidad y urgencia de crear y consolidar la jurisprudencia local, exige de las Cortes observar las experiencias de sus homólogos foráneas. *Contrario sensu*, cabría pensar que el uso de los precedentes de fuera decrece una vez que las Cortes han establecido su legitimidad y sus casos propios. Esta circunstancia fue evidente en EE.UU. en los primeros años de su fundación, cuando la jurisprudencia extranjera era a menudo citada; fue notorio en Irlanda poco después de la promulgación de la Constitución de 1937, en donde la Corte Suprema progresivamente ha ido

⁷⁴ Lucio PEGORARO, “La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales”, *Revista General del Derecho Público Comparado*, n.º 40 (2007): 743-748.

disminuyendo el número de referencias y citas extranjeras, debido a la consolidación de su jurisprudencia y autoridad constitucional, limitando el uso de la jurisprudencia extranjera a cuando los asuntos son nuevos y no contemplados aún en la jurisprudencia doméstica.⁷⁵ Así también, en el primer caso que conoció la Corte Constitucional de Sudáfrica, *S. v. Makwanyane*, el magistrado Arthur Chaskalson señaló: “no habrá duda de que la jurisprudencia comparada en materia de derechos humanos será importante, particularmente en las primeras etapas de la transición cuando no se ha desarrollado aún una jurisprudencia autóctona en esta rama del derecho, en la cual podamos asentarnos”.⁷⁶

Asumiendo la posibilidad de estos asertos, puede ocurrir realmente que las citas extranjeras tengan más posibilidades de subsistir en los tribunales de corta edad, pero, en Colombia, no es palmaria esta circunstancia, ni tiene asidero en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, donde a pesar de un consolidado de 33 años de precedentes, la Corte no ha minado su tendencia a las citas de jurisprudencia extranjera ni ha renunciado a los préstamos constitucionales. Significa que, no obstante la madurez de la Corporación, con un sedimento fuerte de *subreglas* sentadas para la gran mayoría de escenarios constitucionales y con un sólido edificio de líneas jurisprudenciales, no abandona la práctica de ‘echar una ojeada’ a la jurisprudencia extranjera para sostener la suya. Ello evidencia, además, que el método le es útil al margen de la orfandad o suficiencia de precedentes propios. Sin embargo, detallada la jurisprudencia reciente, podría advertirse un declive en la citación comparada que debería estar haciéndose más evidente en la solución de casos nuevos y de difícil decisión.

Una modalidad interesante de las ‘*llamadas a la comparación*’ sucede en aquellos casos, en los cuales la jurisprudencia local advierte un ‘déficit de protección constitucional’ en una materia específica y la jurisprudencia comparada refuerza la argumentación e impulsa un cambio de la doctrina constitucional doméstica. Es notable esta faceta del derecho comparado, ya enunciada *ut supra*, pues permite entender que otros ordenamientos gozan de legitimidad dentro de la jurisprudencia constitucional local, llegando incluso a desplegar un efecto directo expansivo sobre las respuestas, quizás

⁷⁵ GROPPY y PONTTHOREAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*

⁷⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, *S. v. Makwanyane and Another*, CCT 3/94, MP Arthur Chaskalson, <https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>

incipientes en la doctrina de la Corte Constitucional colombiana. Es el caso hito de la Sentencia T-528 de 2014 sobre las técnicas de inseminación *in vitro*, que no alcanzaban en la jurisprudencia colombiana un estatus suficiente de protección constitucional por la vía de la acción de tutela. Gracias al recorrido comparado que se hace en la Sentencia, la Corte Constitucional constató que

... cinco (5) países de la región, con una situación económica, social y política similar a la de Colombia [se ha] avanzado en la regulación de las técnicas y los tratamientos de reproducción humana asistida, y/o en su inclusión en el sistema público de salud o en los seguros sociales.⁷⁷

En otra muestra de las citas, la Corte asume que el *diseño constitucional* colombiano en escenarios específicos no permite contrastar casos nuestros con otros sistemas, y opta entonces por referenciar escuetamente el panorama de la jurisprudencia extranjera; luego, con argumentos *ad contrarium*, se aparta de los precedentes foráneos y se utiliza el argumento de derecho comparado para explicar las razones de la divergencia. La Sentencia C-577 de 2011, por ejemplo, revisó la constitucionalidad de una norma, que a juicio de los accionantes no permitía el matrimonio igualitario. La Corte referenció la doctrina y la jurisprudencia foránea y concluyó que el recorrido por el derecho extranjero constituía simplemente una muestra de las grandes tendencias del derecho comparado sobre la materia”, y al tiempo precisó, que tratándose

[de]... nuestro ordenamiento constitucional procede reiterar que el matrimonio desde la Carta misma, está expresamente previsto para las parejas heterosexuales y respecto de la unión marital de hecho que, como alternativa al alcance de los homosexuales, es insuficiente tratándose de la constitución de la familia conformada por parejas del mismo sexo, pues no les provee del marco de protección propio de un vínculo jurídico que les permita formalizar su unión y asumir voluntariamente un compromiso mayor que el derivado de un vínculo natural.⁷⁸

Una alternativa argumentativa semejante se ha explorado también por la vía de la *disidencia* más que en el campo de los *consensos mayoritarios*;

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-528 de 2014, MP María Victoria Calle Correa, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-528-14.htm>

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-577 de 2011, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>

la Corte, con argumentos *aversivos* rechaza el uso de los precedentes extranjeros y privilegia la *unidad del ordenamiento jurídico* para sostener que no resulta acorde con el diseño constitucional colombiano extrapolar interpretaciones judiciales a una sociedad distinta a la nuestra, debido a las diferencias sociales, culturales e históricas. Ha sentido la Corte, que con un traslado mal elaborado o con citas impertinentes, se corre el riesgo de hacer simplemente una manipulación argumentativa o de malinterpretar ambas sentencias, la que recibe y la que se cita. En la Sentencia C-545 de 2008 v.gr. se estudiaba la asignación a la Corte Suprema de Justicia de las funciones de investigación y enjuiciamiento de los congresistas.⁷⁹ Se inclinó el voto de la mayoría por la “*dinámica del derecho*” en el sentido de sostener que en tanto la Carta Política avalaba y obligaba a la Corte Suprema de Justicia a investigar y sancionar ella misma a los Congresistas, la total exclusión del servidor judicial de cualquier actividad previa en el asunto que fuera a ser sometido a su juzgamiento, no era un imperativo constitucional, sino una conveniencia emanada de la doctrina y del derecho comparado, suficiente para extremar la adecuación de los procedimientos a las evoluciones internacionales, hasta donde resultara razonable.

En un dilatado salvamento de voto a la tesis ganadora, suscrito por el magistrado Sierra Porto, se sostuvo que la *doctrina y el derecho comparado no constituían parámetros para adelantar el mencionado control, como quiera que, de conformidad con el artículo 230 Superior, eran ‘tan sólo criterios auxiliares de la actividad judicial’*. En otras palabras, para la disidencia, resultaba insostenible “argumentar que una determinada disposición legal se ajustaba a la Constitución pero, al mismo tiempo, por motivos de conveniencia, debía ser declarada exequible de manera condicionada, a efectos de ajustarla a las últimas tendencias del derecho comparado”.⁸⁰ Esta conclusión no es correcta, dijo el salvamento, “pues a la luz de los postulados básicos y elementales de la justicia constitucional, es como afirmar que una ley, no obstante, sea constitucional, puede ser expulsada del ordenamiento por desconocer la jurisprudencia extranjera”.⁸¹

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-545 de 2008, MP Jaime Araújo Rentería, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-545-08.htm>

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ídem.

La hipótesis contraria también ha sido recurrente. Las mayorías logran una decisión que se aparta de los precedentes extranjeros, pero por la salvedad de las opiniones se impulsa el derecho comparado. En casos como el que a continuación se relaciona, la Corte Constitucional citó en abundancia los referentes extranjeros que tenía a disposición para concluir que no eran aplicables al caso en estudio, al tiempo que la tesis minoritaria sí se decantó por la citación foránea. En efecto, la Sentencia C-417 de 2009 estudió la constitucionalidad de una ley que limitaba el derecho de defensa en cuanto a no poder ejercer la *exceptio veritatis*. La Corte asumió que el derecho comparado era en ese caso solo “una herramienta para el análisis de la validez de la norma objeto de estudio”,⁸² pero que arrojaba un panorama diverso, que solo mostraba los ires y venires de la construcción jurídica y la forma de articular los diferentes derechos reconocidos. Desatendió la sentencia la vinculación al derecho comparado, porque en algunos países se excluía la prueba de la verdad sobre hechos estudiados en un proceso concluido con exoneración del acusado; en otros se admitía la prueba cuando el proceso penal estaba en curso o cuando así lo determinaba el interés público materia de la imputación y en otros, se excluía la responsabilidad penal como forma de proteger la integridad moral de las personas. Razones por demás suficientes, a juicio del pleno, para no tener en cuenta las sentencias dictadas en otros tribunales extranjeros sobre la materia.

Pese a ello, un salvamento de voto aprovechó la relación de citas extranjeras soslayada por la mayoría y concluyó que el derecho comparado sí era en ese caso concreto un criterio de racionalidad para decidir la sentencia. Concluyó, que no obstante ello, y a pesar de que los referentes normativos de derecho comparado mencionados en el fallo, conducían en su conjunto a demostrar la razonabilidad de la decisión legislativa declarada inexecutable en la medida que la casi totalidad de los sistemas jurídicos democráticos a los que se aludía contemplaban una institución similar a la examinada, la sentencia desatendió dicho parámetro. Es este un *caso hito* donde podría afirmarse, que la citación foránea excesiva contaminó la argumentación, y agregó una complejidad innecesaria a la decisión mayoritaria que

⁸² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417 de 2009, MP Nilson Pinilla Pinilla, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-417-09.htm>

finalmente se apartó de la lluvia de citas tras utilizar otros métodos de interpretación que soportaron la sentencia.

Valga reiterar a propósito, que de esta investigación se concluyó, como se ha dicho ya, que en la Corte Constitucional Colombiana, ningún caso se decide dependiendo de la simple ‘importación’, “trasplante” o “préstamo” de un fallo extranjero; las citas de precedentes ajenos al sistema local, en el mejor de los casos, proporcionan al juez constitucional colombiano argumentos adicionales para decidir su caso, los magistrados apelan a través de la comparación a una *autoritas* específica, los datos comparativos les brindan horizontes que orientan la toma de decisiones, pueden ser el preludio a una interpretación expansiva de los derechos fundamentales, permiten el respaldo a una posición previamente desarrollada por la Corte, aumentan las opciones de solución, pero no constituyen un *argumento único* dentro de la decisión, por lo menos es la conclusión de la extensa muestra que sirvió para este trabajo. Por ello también se ha concebido el derecho comparado como un *argumento incompleto*, porque juega con otras alternativas hermenéuticas para identificar la mejor solución a una colisión de derechos o para escoger la mejor interpretación de una norma.

Situaciones similares a la de la defensa de la *unidad del ordenamiento* son las de las interpretaciones *estrictamente contextualizadas*, que también ocurren en la jurisprudencia colombiana usualmente en bloques minoritarios al interior de la Corte, donde en ocasiones se prende una alarma frente a la práctica de citas extranjeras *notoriamente extrasistémicas*, señalando que en la motivación de una sentencia bien vale un *argumento comparado*, pero solo cuando se analiza el estado de cosas de la materia que se estudia en países de condiciones semejantes a la colombiana.

El caso de las corridas de toros ilustra esta afirmación, pues se trató de una suerte de *diálogo descontextualizado*. La Sentencia C-889 de 2012 sobre la autonomía territorial en materia de autorización para la realización de corridas de toros, se inclinó en su mayoría por edificar la *ratio* con decisiones foráneas provenientes del Tribunal de Kerala en la India y el Consejo Constitucional francés.⁸³ Sin embargo, en una postura de *stricto rigor local y contextualizada* al caso colombiano, el salvamento de voto sostuvo

⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-889 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-889-12.htm>

que las posiciones del Tribunal de Kerala y el Consejo Constitucional de Francia, no constituían razones jurídicas que justificaran la solución del problema jurídico planteado en la sentencia C-889 de 2012;⁸⁴ adujo la disidencia, que aquellas pudieron ser reflexiones sobre el maltrato animal que servían para ampliar los horizontes de discusión en la materia, pero no eran referentes del caso colombiano, porque se ignoraban los problemas sobre los cuales se construyeron y el contexto social y normativo de su país de origen. Es una corriente avalada desde la doctrina por profesores como Han-Ru Zhou (2014), para quien las fuertes similitudes contextuales son el principal factor que hace que el derecho constitucional comparado sea útil y relevante. A su juicio, cuando los contextos en los sistemas jurídicos que se comparan son tan diferentes, la relevancia o la utilidad del derecho comparado está cerca de ser inexistente; pero en otras ocasiones, cuando los regímenes jurídicos son lo suficientemente similares, los principios jurídicos extranjeros específicos puede tener un mayor grado de persuasión en los tribunales nacionales.⁸⁵

Consideró el bloque disidente en la sentencia de marras, que los magistrados del Tribunal de Kerala y los del Consejo Constitucional francés tenían formaciones jurídicas distintas a la del juez constitucional colombiano y que ambos tribunales extranjeros estaban inmersos en culturas diversas que condicionaban sus opciones hermenéuticas. A ello se suma, dijo la sentencia, que ninguno de los dos tribunales en los casos citados abordó el problema que debía estudiar la Sala Plena de la Corte Constitucional Colombiana en esa oportunidad, que se cifraba en esclarecer si la norma acusada de inconstitucional comportaba una afectación a la autonomía territorial al privar a los alcaldes de la posibilidad de decidir sobre la autorización de las corridas de toros. Por lo tanto, si lo que se abordaba era un problema referido a la autonomía territorial en materia de autorización para la realización de corridas de toros, “la decisión del Consejo Constitucional francés, producida en ese país que no reconoce una autonomía territorial semejante a la que caracteriza al orden colombiano, no contribuía a solucionar la controversia constitucional estudiada”.⁸⁶

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Han-Ru ZHOU, “Judicial and extra-judicial conversation on the Constitutional Law” (IXth World Congress of Constitutional Law: A Contextual or Comparative Law, 2014).

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-889 de 2012, MP Luis Ernesto Vargas Silva, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-889-12.htm>

Esta decisión recuerda al profesor Yuzuru Shimada cuando sostiene que la comparación en materia constitucional debe ser implícita y matizada para evitar tocar el sentimiento nacional⁸⁷, por ello, con tino acertado, la Corte Constitucional en este caso emblemático, mediante votos particulares intentó evitar que se hicieran malas imitaciones e hibridaciones incompatibles con el sistema colombiano, y buscó igualmente decirle a la mayoría que un *ídem sentire* en áreas tan disímiles no permite un traslado de jurisprudencia estricto, por tales razones merece este caso varias alertas: (i) que en situaciones similares a la descrita, la circulación de precedentes de otros países y la prolijidad del uso del derecho extranjero no vinculante finalmente, como sucedió en este caso, requieren que exista una adecuada y correcta selección de los ordenamientos de referencia; con ello se disminuye el riesgo de hacer citas simplemente porque conllevan una *autoridad intrínseca* o porque escasean las fórmulas hermenéuticas internas de persuasión y (ii) es preciso cerciorarse de que ‘en contexto’ hayan sido casos *razonablemente* tratados en los países de origen y que armonicen con las pautas hermenéuticas regionales, ello porque tampoco puede ignorarse al momento de la comparación que el derecho constitucional es heterogéneo por más que hoy se compartan con muchas naciones valores y principios democráticos. Un parte de tranquilidad a este tema lo ofrece la profesora Tania Groppi cuando deja ver en su estudio sobre *The use of foreign precedents by constitutional judges*, que las Cortes son conscientes de la dificultad de la buena contextualización y se refieren a precedentes extranjeros en muchos casos sólo para encontrar *auxilio e iluminación* al efectuar la interpretación constitucional local, y no necesariamente para importar soluciones extranjeras.⁸⁸

La panorámica de estos tres últimos casos relacionados, donde la Corte Constitucional de Colombia utiliza derecho comparado especialmente para disentir, demuestra que muchas veces los magistrados *solitarios en la disidencia* tienden a ser más abiertos a citar fuentes extranjeras que los que están alineados frecuentemente en los grupos mayoritarios; para algunos autores, los jueces disidentes no tienen que llevar las consecuencias de

⁸⁷ YUZURU, *Comparing Comparative Law* (Friburgo: Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Université de Fribourg, Schulthess Editions Romandes, 2017).

⁸⁸ GROPPY y PONTTHOREAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*

la sentencia sobre sus hombros,⁸⁹ están liberados de constreñimientos ajenos y pueden dejar atrás los parámetros o el razonamiento oficial cuando hacen la cita comparada; muestran igualmente estos casos, que los *excursus comparativos* sirven a la Corte para individualizar las diferencias entre los sistemas constitucionales democráticos, para reconocer que en ocasiones no concurren los presupuestos de comparación, para poder separarse de la interpretación de la Corte y sostener otra alternativa de solución; sirven los casos ilustrados igualmente para admitir que a veces dentro del ordenamiento nacional no existe un precedente vinculante y que por ello es preciso mirar las referencias externas, y finalmente, para recalcar en eventos precisos, como uno de los ejemplificados, que la comparación tiene lugar únicamente cuando las semejanzas entre ambos sistemas resulten evidentes.

Conclusión

Se actualiza con fuerza la idea planteada por Zagrebelsky⁹⁰ de optar por un derecho constitucional abierto en el que los jueces constitucionales interactúen para desarrollar de una mejor manera sus funciones. El material constitucional extranjero puede liberarnos de la convicción de la *falsa necesidad* que usualmente acompaña a aquellos que parecen no necesitar nada y han sido formados intelectualmente en el contexto de instituciones arraigadas; ello porque distintas maneras de manejar problemas antiguos y comunes es el ejemplo que están dando las Cortes en el mundo, y la nuestra es una muestra de cómo mirar hacia fuera puede ayudarnos a ver nuestro propio esquema constitucional bajo una nueva luz.

La utilización de la jurisprudencia extranjera por parte de la Corte Constitucional colombiana es una verdadera riqueza que debe seguir utilizándose con mucho cuidado principalmente (i) en una correcta selección de los ordenamientos de referencia, minimizando el riesgo de las selecciones arbitrarias y sin contexto y (ii) en un uso encaminado no a la importación de soluciones, sino a una mayor comprensión del propio ordenamiento. Respecto de este segundo aspecto, son apropiadas las palabras de uno de los principales defensores de la utilidad de las citas extranjeras: Aharon

⁸⁹ Ídem.

⁹⁰ ZAGREBELSKY, “Corti Costituzionale e diritti...”.

Barak, cuando sostuvo, que “derecho comparado sirve como un espejo que permite observarse y comprenderse mejor”.⁹¹

Haciendo eco de los consejos del profesor Zagrebelsky⁹² en este constitucionalismo abierto, el uso de sentencias extranjeras no significa la humillación de las constituciones nacionales, pues lo que se busca a través de esta práctica no es construir un caballo de Troya para afirmar una dictadura universalista de los derechos, sino emplear un importante instrumento que nos ayude a comprender mejor nuestras propias constituciones, dándoles un sentido a través de un marco de fondo en el cual puedan asumir un significado preciso desde la perspectiva de un determinado momento histórico. Si tomamos esto en cuenta, el uso de sentencias extranjeras en la actividad interpretativa de los jueces constitucionales colombianos, es una herramienta cargada de futuro para la afirmación de los derechos y principios que comparten un buen número de naciones.

Es esta también la posición del Justice Stephen Breyer de la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando afirmaba que el uso del Derecho constitucional comparado es una veta riquísima que, junto a otras, como la doctrina y los precedentes sirve para explorar decisiones que permiten al juez constitucional enfrentar con mayor creatividad y eficacia las dificultades propias de la labor jurisdiccional. Esto se debe, continúa Breyer, a que la interpretación jurisdiccional, sobre todo aquella que se realiza desde la orilla de la democracia constitucional, nunca es definitiva. Está abierta siempre a un proceso de redefinición, de tal manera, que el uso del DCC permite un diálogo útil e instructivo entre las cortes constitucionales del mundo que inevitablemente enriquece las diferentes perspectivas y lecturas de los jueces constitucionales.⁹³

La profesora Vicky Jackson sugiere estar atentos a las opiniones y prácticas de otros, abiertos a reconsiderar lo que pensamos que sabemos, a ser capaces de aceptar que nuestro compromiso con una interpretación de los derechos constitucionales puede diferir de la de otros. Compartimos problemas comunes, señala, funciones gubernamentales usuales y muchos

⁹¹ Aharon BARAK, “The Judge in a Democracy”, en *Constitución y democracia: ayer y hoy*, editado por Tania Groppi (Princeton: Princeton University Press, 2006).

⁹² ZAGREBELSKY, “Corti Costituzionale e diritti...”.

⁹³ U. LÓPEZ, *Influenza del Diritto Comparato nel Ragionamento Giuridico Costituzionale* (Bologna: Universidad de Bologna, 2013).

compromisos comunes con los derechos y una visión de la libertad y la dignidad humana como fundamentales para el propósito de un gobierno democrático y constitucional. La idea de que no tenemos nada que aprender de otras naciones acerca de nuestros propios compromisos es absurda; la insinuación de que cuando se hacen citas de derecho extranjero se les lava el cerebro a los jueces, es un argumento de ciencia ficción. Los jueces que hablan solo con los colegas del propio tribunal se privan de la posibilidad de mejores interpretaciones de la Constitución y la ley. La experiencia no puede legislar todo, pero la legislación que es desarrollada sin tener en cuenta la experiencia de otros es muy poco probable que funcione o que dure mucho tiempo.⁹⁴

Es la línea también del magistrado Mac-Gregor, cuando privilegia el diálogo y se niega a que los jueces permanezcan en una *torre de marfil*. La tendencia de mantenerse aislado en un “monólogo judicial”, a su juicio, *puede ser una actitud peligrosa para la protección de la dignidad humana*. Los diálogos, ayudan a que los ciudadanos de una comunidad específica se beneficien de los desarrollos que tienen lugar en otras jurisdicciones, especialmente aquellos avances con respecto a la protección de los derechos humanos.⁹⁵ La técnica de citas extranjeras es indudablemente una importante fuente de inspiración, que debería *in primis*⁹⁶ ser conocida, y también imitada, a fin de aportar argumentos transparentes y verificables en las cortes constitucionales democráticas.

Finalmente, valga subrayar que pese al papel del derecho comparado, cuestionado en la época actual caracterizada por un retroceso de las democracias a favor de regímenes híbridos o autoritarios, y el hecho de que según algunos académicos, las regresiones democráticas van acompañadas de un rechazo del constitucionalismo global en nombre de las especificidades nacionales,⁹⁷ la Corte Constitucional Colombiana sigue seducida por el derecho comparado y su prestigio ha estado unido en gran parte a la manera como ha ido articulando y robusteciendo sus métodos

⁹⁴ Vicky JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

⁹⁵ FERRER MAC-GREGOR, “What do we mean...?”.

⁹⁶ GROUPI y PONTHEAU (eds.), *The use of Foreign Precedents...*.”.

⁹⁷ Tania GROUPI, “Del constitucionalismo global a los nuevos autoritarismos. Desafíos para el derecho comparado», *Revista Derecho del Estado*, n.º 58 (enero-abril de 2024): 5-27, <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.01>

de interpretación constitucional, dentro de los cuales se destaca el uso de precedentes extranjeros, como hecho cultural que ha encontrado su razón de ser en vínculos fuertes con otros países. Con Zagrebelsky podemos sellar este artículo afirmando, que el derecho comparado es como un amigo con mucha experiencia que puede ayudarnos a resolver problemas difíciles siendo el presupuesto para el diálogo entre cortes la prudencia del empirista que quiere aprender, además de los propios, de los errores y aciertos de los demás.⁹⁸

Bibliografía

- ALPA, G. *Il Giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Milán: Giuffrè Altre, 2006.
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo. “El diálogo entre las Cortes Constitucionales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58 n.º 249 (2017): 83-91. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2008.249.61025>
- BUSTOS, Rafael. “XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95 (2012): 13-63.
- CLÉRIGO, Laura. “Notas y preguntas sobre el uso del derecho comparado por la Corte IDH”. *Discusiones*, n.º 14 (2014): 175-218.
- CLÉRIGO, Laura. “Sobre el argumento de derecho comparado y la argumentación jurídica”. En *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Lima: Palestra, Editores, 2017.
- GROPPI, Tania. *Constitución y Democracia: Ayer y hoy. Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Madrid: Universitas, 2006.
- GROPPI, Tania y Marie-Claire Ponthoreau (eds.) *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Oxford: Hart Publisher, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Trota, 2016.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “What do we mean when we talk about Judicial Dialogue: Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, n.º 30 (2017): 89.

⁹⁸ ZAGREBELSKY, “Corti Costituzionale e diritti...”.

- HABERLE, Peter. “Métodos y principios de la interpretación constitucional: Un catálogo de problema”. En *Interpretación Constitucional*, editado por E. Mac. Ciudad de México: Porrúa, 2005.
- JACKSON, Vicky. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- JACKSON, Vicky. “Progressive constitutionalism and transnational legal discourse”. En *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2020.
- KNAUL, Gabriela. *Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*. U.N. Doc. A/HRC/14/26, T. del A., 2010.
- LEVY, Collin. “Sotomayor y el derecho internacional”. En *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, editado por M. L. Minow. Cambridge: Harvard, 2010.
- LÓPEZ, Henrik, Ricardo Posada, Patricia Moncada y Natalia Ángel. *Transformaciones en el espacio de la soberanía*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2013.
- LÓPEZ, U. *Influenza del diritto comparato nel ragionamento giuridico costituzionale*. Bolonia: Bolonia University, 2013.
- MARCENO, Valeria y G. Zagrebelsky. *Giustizia costituzionale*. Bolonia: Il Mulino, 2012.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*”. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, coordinado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi, 265-299. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014.
- MORESO, José Juan. “El Diálogo Judicial como equilibrio reflexivo amplio”. *AFD* 2018 (XXXIV): 73-94, ISSN: 0518-0872.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El uso del derecho y de la jurisprudencia constitucional extranjera de tribunales internacionales no vinculantes por el Tribunal Constitucional chileno en el período 2006-2010”, *Estudios Constitucionales*, año 11, n.º 1 (2013).
- OTERO, Iván Daniel. “La migración de ideas constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. Tesis de doctorado de Universidad Externado de Colombia y Università degli Studi di Genova, Italia, 2021.
- PEGORARO, Lucio y A. Riniella. *Diritto Pubblico Comparato*. Padua: Cedam, 2002.

- PEGORARO, Lucio. “La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales”. *Revista General del Derecho Público Comparado*, n.º 40 (2007): 743-748.
- PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Turín: Giappichelli, 2007.
- PEGORARO, Lucio. *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: Un’analisi comparatistica*. Bologna: CLUEB, 2006.
- PEGORARO, Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Turín: Giappichelli, 2015.
- PEGORARO, Lucio. “Judges and Professors: The Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Court’s Decisions”. En *Courts and Comparative Law*, editado por Mads Andenas y Duncan Fairgrieve (2008), 332.
- PERJU, Vlad. *Constitutional Transplants, Borrowing and Migration*. En *Constitutional Transplants, Borrowing and Migration*, editado por Michel Rosenfeld. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- POSNER, A. “Prólogo: Una Corte Política”. *Harvard Law Review*, n.º 119 (2002): 32. *Atkins vs. Virginia*, 536 U.S. 304, 347-348.
- ROLLA, Giancarlo. *Derechos Fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*. México: UNAM, 2002.
- ROSENKRANTZ, Carlos. “Against borrowings of uses of Foreign Law”. *International Journal of Constitutional Law*, n.º 1 (2003): 269-295.
- SANTANA, H. “El derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Redce*, año 7, n.º 7 (2007): 427-447.
- SHIMADA, Yuzuru. *Comparing Comparative Law*. Friburgo: Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Université de Fribourg, Schulthess Editions Romandes, 2017.
- TUSHNET, M. *Returning with Interest: Observations on some putative benefits of studying Comparative Constitutional Law* (Washington: University of Georgetown, 2008).
- ZAGREBELSKY, Gustavo. “Corti Costituzionale e diritti universali”. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 2 (2006): 297 ss.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Turín: Giappichelli, 2008.
- ZHOU, Han-Ru. “Judicial and Extra-Judicial Conversation on the Constitutional Law”. IXth World Congress of Constitutional Law: A Contextual or Comparative Law, 2014.