

**IVÁN DANIEL OTERO SUÁREZ**

**LA MIGRACIÓN DE IDEAS CONSTITUCIONALES EN LA JURISPRUDENCIA DE  
LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

**(Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho, en modalidad de cotutela y doble  
titulación entre la Universidad Externado de Colombia y la Università degli Studi di  
Genova, Italia)**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA, ITALIA  
BOGOTÁ D.C.**

**Deposición final: 25 DE ABRIL DE 2021**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**RECTOR:** Dr. HERNANDO PARRA NIETO  
**SECRETARIO GENERAL:** Dr. FERNANDO RUBIO NAVARRO  
**DIRECTOR DEL DOCTORADO:** Dr. CARLOS CHINCHILLA IMBETT  
**DIRECTOR/TUTOR DE TESIS:** Dr. EDGAR SOLANO GONZALEZ  
**EXAMINADORES:** Dr. EDGAR SOLANO GONZALEZ  
Dra. SILVIA BAGNI  
Dra. MARIA CONSTANZA BALLESTEROS  
Dra. LARA TRUCCO  
**PRESIDENTE DE TESIS:** Dr. CARLOS CHINCHILLA IMBETT

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA, ITALIA**

**RECTOR:** Dr. FEDERICO DELFINO  
**COORDINADORA DEL DOCTORADO EN DERECHO:** Dra. PAOLA IVALDI  
**DIRECTOR/TUTOR DE TESIS:** Dra. LARA TRUCCO  
**EXAMINADORES:** Dr. EDGAR SOLANO GONZALEZ  
Dra. SILVIA BAGNI  
Dra. MARIA CONSTANZA BALLESTEROS  
Dra. LARA TRUCCO  
**PRESIDENTE DE TESIS:** Dr. CARLOS CHINCHILLA IMBETT

“La constancia es el complemento indispensable de todas las demás virtudes humanas”. Giuseppe Mazzini (1805-1872). Abogado y político italiano.

“El razonar como sentido existencial, la posición crítica como aliento espiritual, la duda metódica como identificación del propio ser y medio para su inserción digna en la comunidad; en una palabra, la autonomía mental, por respeto a uno mismo, y, además, un modo de ser y, si se quiere, una rebeldía responsable”. Fernando Hinestrosa Forero (1931-2012). Jurista y libre pensador colombiano.

## INDICE

### CAPÍTULO PRIMERO

#### **De la Comunicación Transjudicial Horizontal a la Migración de Ideas Constitucionales. La búsqueda por encontrar una teoría autónoma y completa que explique el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales**

##### Introducción

**1.** Las últimas décadas del Siglo XX representan un cambio global en la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia

##### **1.1** Conclusión y valoración personal

**2.** La obra de Slaughter abrió el camino para que otros doctrinantes comenzaran a estudiar y elaborar teorías que permitieran una comprensión más amplia del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales de distintos ordenamientos

##### **2.1** Conclusión y valoración personal

**3.** La teoría de la Migración de Ideas Constitucionales (MIC) permite estudiar y analizar el uso de doctrinas jurisprudenciales foráneas por parte de las Cortes locales

##### **3.1** Conclusión y valoración personal

**4.** A pesar de que el fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales es una realidad, su aceptación no ha sido del todo pacífica

**4.1** Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *ilegítima*

**4.2** Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *legítima*

**4.3** Resultaría *legítimo* que las Cortes Constitucionales locales utilicen derecho foráneo, siempre y cuando se encuentre justificado y en los contextos adecuados

##### **4.4** Conclusión y valoración personal

5. No existe un único método a través del cual las Cortes Constitucionales locales puedan usar o incorporar derecho foráneo en su jurisprudencia

5.1 Conclusión y valoración personal

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Las Cortes Constitucionales locales han adoptado distintas posturas frente al fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales**

Introducción

1. Las Cortes Constitucionales locales actuales trabajan como una empresa o comunidad global que desea cumplir objetivos similares

1.1 Conclusión y valoración personal

2. A pesar de plantearse la existencia de una empresa comunidad global común conformada por las distintas Cortes Constitucionales locales, no podría hacerse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC

2.1 La postura *restrictiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por limitar o restringir la aplicación del fenómeno de la MIC

2.2 La postura *permissiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por aplicar o fomentar la aplicación del fenómeno de la MIC

2.3 La postura *intermedia o ambigua* de algunas Cortes Constitucionales que no han optado por darle una aplicación directa y reiterada al fenómeno de la MIC

2.4 Conclusión y valoración personal

3. La Corte Suprema de Justicia norteamericana puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que han limitado la aplicación del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales en su jurisprudencia

3.1 Conclusión y valoración personal

4. La Corte Constitucional de Sudáfrica puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que están de acuerdo con el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales y que le han dado aplicación en su jurisprudencia

4.1 Conclusión y valoración personal

5. 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

5.1 Conclusión y valoración personal

6. Existen causas y usos comunes a las Cortes Constitucionales locales, que pueden explicar por qué y para qué propician la materialización del fenómeno de la MIC

6.1 Conclusión y valoración personal

**CAPÍTULO TERCERO. En la incorporación de las doctrinas jurisprudenciales foráneas de la Sustitución de la Constitución, del Derecho Viviente y del Bloque de Constitucionalidad, puede evidenciarse la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales para el caso colombiano**

Introducción

1. La doctrina de la Sustitución de la Constitución: su incorporación y aplicación en Colombia

1.1 El origen de la doctrina de la Sustitución para Colombia puede situarse en la doctrina de la Estructura Básica creada por la Corte Suprema de Justicia de la India

1.2 Incorporación en Colombia de la doctrina de la “Estructura básica” bajo el nombre de la doctrina de la Sustitución de la Constitución

1.3 Evolución de la doctrina de la Sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

1.3.1 Primera etapa de evolución: la estructuración de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2001-2005)

1.3.2 Segunda etapa de evolución: el afianzamiento de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2006-2012)

1.3.3 Tercera etapa de evolución: entre la ampliación y la autorestricción del alcance de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2013-2021)

1.4 Consecuencias, efectos o implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

1.5 Conclusiones y valoración personal

2. La doctrina del Derecho viviente: su incorporación y evolución en Colombia

**2.1** El origen de la doctrina del Derecho Viviente para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por la Corte Constitucional italiana

**2.2** Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Derecho Viviente

**2.3** Evolución y aplicación de la doctrina del Derecho Viviente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

**2.3.1** Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *directa*

**2.3.2** Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *indirecta*

**2.4** Consecuencias, efectos o implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

**2.5** Conclusiones y valoración personal

**3.** Doctrina foránea del “Bloque de Constitucionalidad”: su incorporación y aplicación en Colombia

**3.1** El origen de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por el Consejo Constitucional francés

**3.2** Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Bloque de Constitucionalidad

**3.3** Evolución y aplicación de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

**3.3.1** Primera etapa de evolución: la incorporación y el asentamiento de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (1995-2005)

**3.3.2** Segunda etapa de evolución: la complejización de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (2004-2013)

**3.3.3** Tercera etapa de evolución: ¿hacia la inseguridad jurídica? (2013-2021)

**3.4** Consecuencias, efectos e implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

**3.5** Conclusiones y valoración personal

**CONCLUSIONES**

**BIBLIOGRAFIA CITADA Y CONSULTADA**

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Las últimas décadas del S.XX representan un periodo de transformación global en la actividad judicial. La internacionalización y globalización del derecho, así como la era de la informática, principalmente, cambiaron la forma en cómo los jueces y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia.<sup>2</sup> Gracias al fácil acceso en las distintas bases de datos de contenido jurídico, como también a los portales electrónicos judiciales donde empezaban a publicarse las sentencias, los jueces pasaron de estar parcialmente aislados en sus propios ordenamientos, a estar mayormente interconectados.<sup>3</sup>

Esta interconexión no sólo les permitió conocer e inspirarse del trabajo de sus homólogos, sino también promover un flujo o tráfico de información alrededor del mundo. Como se verá en detalle en esta investigación, de este suceso se desprenden dos grandes fenómenos: i) el *diálogo judicial*, consistente en un intercambio recíproco, consciente y vinculante del derecho entre jueces nacionales e internacionales, dada la existencia de un tratado internacional<sup>4</sup>; y ii) el *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial, basado en el

---

<sup>1</sup> Citación y traducciones. Nos gustaría precisarle dos cosas al lector, antes de que inicie su lectura: 1) la forma de citación escogida es la de normas Icontec; y 2) la mayor parte, por no decir casi en su totalidad, de la bibliografía utilizada para elaborar el presente trabajo de investigación se encuentra en distintas lenguas diferentes al castellano. En este sentido, tanto las citas como las notas al pie de página elaboradas son fruto de nuestra propia traducción.

<sup>2</sup> No obstante será detallado en el primer Capítulo, este planteamiento inicial puede corroborarse en: SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29. Iss. 1. Article 6. 1994; SLAUGHTER, A.M. *A new world order*. Princeton University Press. Princeton, 2004. Pág. 129; GELTER, M.; SIEMS, M. *Networks, Dialogue or One-Way Traffic?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press, 2015. Págs. 200-211; TWINING, W. *Derecho y globalización*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. ECIG, Universitas. VI Edizione. 2009. Pág. 18; CHEVALLIER, J. *L'État post-moderne*. París, LDDJ, coll. Droit et société, 3ª ED., 2008.

<sup>3</sup> Esta idea puede corroborarse a partir de SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in M. BIANCHINI – G. GIOIA, *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, *Atti del I Convegno Dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013. Pág. 479; BREIDENBACH, J. *The Dynamics of Cultural Globalisation. The myths of cultural globalisation*; GERBER, DAVID J., "Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law". *Tulane Law Review*, Vol. 75. Pág. 950, citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* [en línea] 2003, (diciembre). Págs. 261-276. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400207>> ISSN 1692-8156.

<sup>4</sup> Como se verá en detalle en el primer Capítulo, este fenómeno utiliza distintas acepciones y tipologías. Para su estudio ver principalmente: DE VERGOTTINI. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Il Mulino. Bologna. 2010; SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Óp. Cit; ACOSTA, P. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia. 2015.



empleo aislado, no recíproco y no vinculante del derecho entre jueces de distintos ordenamientos y nivel jerárquico.<sup>5</sup>

A pesar de que en ocasiones suelen tratarse indistinta o genéricamente, su estudio preciso se ubica en dos extremos opuestos erigidos sobre un mismo tronco común.<sup>6</sup> Para claridad del lector, en este punto vale la pena anticipar que la presente investigación se ocupa exclusivamente del segundo fenómeno, examinado respecto de la actividad judicial de la Corte Constitucional colombiana, como se detallará y explicará en breve.

Dicho lo anterior, nuestro marco teórico de estudio se sitúa dentro del derecho constitucional comparado, por ser este quien se ha ocupado de analizar el *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial por tres razones fundamentales. En primer lugar, siguiendo a Tushnet y a Saunders, por la gran cantidad de Constituciones expedidas a nivel global a finales del S.XX, y por añadidura, la creación de Cortes Constitucionales que necesitaban establecer y consolidar su jurisprudencia. En este hecho tuvo gran influencia la desaparición de la URSS; y los procesos constituyentes latinoamericanos, así como los relacionados con la descolonización en el sur global.<sup>7</sup>

En segundo lugar, por la concordancia misma que existe entre los fines del derecho comparado y el constitucional. De acuerdo con Somma y López, “el derecho comparado nace al inaugurarse el S.XX en el célebre Congreso de París, como un campo del saber crítico respecto del positivismo legislativo y sus dogmas”. A su vez, “como un instrumento de conocimiento crítico del derecho producido en cada ordenamiento, pero con la pretensión de generar y aplicar un derecho común para la humanidad”.<sup>8</sup> El derecho constitucional, por su

---

<sup>5</sup> Como se verá en detalle en el primer Capítulo, este fenómeno también utiliza distintas acepciones y tipologías. Para su estudio ver principalmente: FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019; GROPPi, T; PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 62. 2014. Págs. 547-584.

<sup>6</sup> Esta diferenciación puede analizarse a partir de POCAR, F. *Introducción* en BIANCHINI, M. – GIOIA, G. *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, *Atti del I Convegno Dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013. Págs. 9-11; NOGUEIRA, H. *El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno*, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Vol. 9, N° 2, 2011. Págs. 23, 24.

<sup>7</sup> TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 1998/10/01, Vol: 1, Pág. 325; SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*, en GINSBURG, T.; DIXON, R. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar. 2011. Págs. 570-580.

<sup>8</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Universidad Carlos III de Madrid. 2015. Pág. 150; LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, en 26 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2015. Pág. 118. No obstante esta postura, autores como Hirschl “remontan sus orígenes a

parte, también tiene una pretensión global de ayudar a establecer Estados democráticos que garanticen los derechos fundamentales y respeten la separación y división de los poderes públicos, entre otras.<sup>9</sup>

Lo anterior ha generado que las Cortes Constitucionales actuales funcionen como una “empresa legal global” (*global legal enterprise*), o lo que también se ha denominado una “comunidad global de Cortes” (*global community of Courts*) que aboga por el cumplimiento de principios y valores constitucionales similares. Al mismo tiempo, éstas comprenden que su labor se ejerce con independencia del sistema político, así como del gobierno de turno, lo que les ha permitido interrelacionarse globalmente a través de herramientas como el derecho comparado.<sup>10</sup>

Y en tercer lugar, se destaca precisamente la extensión y aplicación del método de derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales existentes para la época, y a su vez, por las recién creadas. En esto contribuyeron importantes obras académicas como las de Häberle, que hallaron importantes puntos de confluencia entre el derecho constitucional y el comparado, retomando los aportes de Zweigert en los años cuarenta. Como se detalla en el presente trabajo, fue Häberle uno de los primeros en proponer la existencia y el fomento de un quinto método interpretativo para la actividad judicial, el cual debía ser el del derecho comparado como “método interpretativo universal”.<sup>11</sup>

No obstante la importancia de lo anterior, autores como De Vergottini y Hirschl dan cuenta de cómo a finales de los años cincuenta ya habrían comenzado los primeros trabajos de derecho constitucional comparado, en lo que respecta al *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial. El pionero habría sido el profesor indio P.K. Tripathi, quien publicó en la revista *Columbia Law Review* un artículo sobre precedentes foráneos y derecho constitucional.<sup>12</sup> Esto

---

los trabajos de Gottfried Wilhelm Leibniz de 1667, cuando ya planteaba un “*theatrum legale mundi*” (teatro del mundo jurídico) con un derecho común para las personas de todos los lugares y todos los tiempos”. HIRSCHL, R. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*. Serie Intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho. No. 23. Universidad Externado de Colombia. 2019. Págs. 344-345.

<sup>9</sup> TUSHNET, M. *The inevitable globalization of constitutional law*. 49 Val. *International Journal of Constitutional Law*. 2009. Págs. 985-1006.

<sup>10</sup> SLAUGHTER, AM. *A Global Community of Courts*. 44 *Harvard International Law Journal*. 2003; BREYER, S. *Economic Reasoning and Judicial Review*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. *Tom Bingham and the Transformation of the law: A Liber Amicorum*. Oxford University Press. 2009; SPERTI, A. *Il Dialogo tra le Corti Costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*. *Rivista Aic*, 2006.

<sup>11</sup> HÄBERLE, P. *Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo, ReDCE*. Año 7, Núm 13. Enero junio/2010, pp. 379-411. Nota: Este texto que fue publicado en castellano fue expuesto como conferencia en la Universidad de Granada en 1999 y posteriormente publicado en la *Revue européenne de droit public*, Vol. 12, núm. 3, 2000.

<sup>12</sup> TRIPATHI, PK. *Foreign precedents and constitutional law*. *Columbia Law Review* 57. No. 3. 1957, citado por HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit.

es al menos indicativo de que tanto la internacionalización y globalización del derecho, como la era de la informática, fueron catalizadores para que el mencionado fenómeno se produjera a nivel global, pero que propiamente había comenzado con bastante antelación.

Como se examinará en el cuerpo de este escrito, no fue el derecho constitucional comparado el primero en ocuparse de este tema. Ya existían importantes aportes del derecho comparado en general y de otras disciplinas que comenzaron a estudiar cómo el derecho sin ser vinculante podía ser trasplantado, copiado e imitado desde “pequeñas reglas y sentencias judiciales, hasta ordenamientos y sistemas jurídicos completos”.<sup>13</sup> No obstante, el interés de los constitucionalistas comparatistas sí comenzó a gran escala a finales del S.XX por las razones mencionadas.

Al ser los jueces protagonistas de este fenómeno, y los constitucionalistas comparatistas sus principales analistas, no pasó mucho tiempo para que se generaran distintas posturas tanto académicas como judiciales al respecto. Hemos podido identificar que principalmente el debate se ha suscitado alrededor de dos problemáticas. La primera de ellas gira en torno a si el *uso voluntario de derecho foráneo* se considera o no, una actividad legítima y por ende permitida. La segunda, por su parte, en relación con el vehículo o medio, y las condiciones en las cuales debería llevarse a cabo en caso de considerarse legítima su aplicación.

Frente a la primera problemática mencionada, existen argumentos que califican este fenómeno como *ilegítimo* y proponen su inaplicabilidad, pues sostienen que el derecho y los sistemas jurídicos son heterogéneos; que el fenómeno no es democrático; que los contextos jurídicos, políticos, sociales y culturales de los ordenamientos son distintos; que los jueces carecen de conocimiento en derecho foráneo; que es una actividad de simple “Cherry Picking”; y que además conduce a la ilegitimidad misma de la Corte Constitucional.

Por su parte, hay quienes defienden su *legitimidad* y abogan por su materialización, argumentando que el “Cherry Picking” es una práctica no del todo probada; que se puede

---

Pág. 550; DE VERGOTTINI. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. cit. Pág. 17.

<sup>13</sup> Nos referimos a los aportes previos de Alan Watson, Rodolfo Sacco y Patrick Glenn: WATSON, A. *Legal transplants*. Scottish Academic Press Ltd. Edinburgh. 1974; SACCO, R. *Le buts et les méthodes de la comparaison du droit*, en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapport nationaux italiens au IX Congrès International de Droit Comparé*. Milano, Giuffrè. 1974; SACCO, R. *Che cos'è il diritto comparato*. Milano, Giuffrè. 1982; GLENN, P. *Persuasive Authority*. McGill Law Journal Revue de Droit de McGill. Montréal. Volumen 23. No. 2. 1987. Adicionalmente ver la siguiente obra de Graziadei donde se describe muy bien este hecho, no obstante se abordará en el cuerpo del trabajo. GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, en REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Segunda Edición. 2019. Págs. 442-443.

realizar un adecuado uso del contexto al usar el derecho foráneo; que el derecho comparado es un método válido del razonamiento judicial a través del cual se puede utilizar el derecho foráneo; que éste funciona como una autoridad persuasiva y ayuda a la armonización jurídica regional; y que además pueden existir relaciones genealógicas entre los sistemas jurídicos que hacen legítima su aplicación.

Por su parte, la segunda problemática se centra en si la acción voluntaria de utilizar derecho foráneo en sede judicial debe realizarse a través del método del derecho comparado, o por el contrario, puede prescindir de él. Como se analizará, la aplicación y el alcance de este método sigue siendo controversial y se encuentra abierto a la discusión. Por un lado, se discute si los jueces deben ser precisos y emplearlo de manera científica, o por el contrario, las citas aisladas de derecho foráneo podrían considerarse un uso tenue o moderado del mismo. De igual forma se discute la aplicación de otros medios o vehículos a través de los cuáles podría llevarse a cabo el fenómeno, tales como el “cherry picking” o el uso “material o escondido”.

Por otro lado, tal y como será expuesto en el segundo Capítulo de este trabajo, las Cortes Constitucionales alrededor del mundo han decidido adoptar diversas posturas al respecto, que pueden agruparse de la siguiente manera. En primer lugar, existen aquellas que defienden una postura que hemos denominado *restrictiva*, y que pretende limitar el *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial e incluso prohibir su aplicación. La lista es encabezada por la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU., quien sostiene la posición más radical, y aparentemente por otros tribunales como el austriaco y el francés que son más moderados.

En segundo lugar, se encuentran aquellas Cortes que sostienen una postura que hemos catalogado como *permisiva* frente al mencionado fenómeno, la cual, entre otras cosas, se ha convertido en la posición predominante o mayoritaria a nivel global. A modo enunciativo, en este grupo se encuentran los tribunales de Sudáfrica, Canadá, Nueva Zelanda, Israel, Reino Unido, Irlanda, Australia, Namibia, Hong Kong, la India, Suiza, Portugal, entre otros.

Por último, y también de forma enunciativa, hay un conjunto de Cortes Constitucionales como las de Italia, Alemania, Rusia, México y Japón, que representan una postura que denominamos como *intermedia o ambigua*, dado que, por su práctica judicial, no pueden ser catalogadas en ninguno de los grupos anteriores. Como se analizará, en estas Cortes el fenómeno se caracteriza por ser implícito, esporádico e incluso negarse su aplicación, por lo que la doctrina suele clasificarlas en un grupo distinto.

Los acontecimientos hasta ahora mencionados se materializaron en una oleada de investigaciones y publicaciones sobre lo que estaba sucediendo en el ámbito judicial, generando que prácticamente cada autor comprendiera y diera su propia explicación al respecto.<sup>14</sup> Contrario a lo que podría creerse, esto convierte el estudio del fenómeno en un tema sumamente extenso, poco sistematizable y difícilmente comprensible. Asimismo, la pluralidad de terminologías empleadas para conocerlo no sólo hizo más compleja esta investigación, sino también su análisis estructural. Es por ello que, en este trabajo han podido identificarse dos grandes dificultades iniciales para su desarrollo, las cuales se tratan y resuelven en el primer Capítulo.

La primera de ellas es su delimitación *conceptual*, es decir, cómo puede definirse y entenderse este fenómeno, además de la identificación de sus principales características. La segunda hace alusión a su delimitación *material*, esto es, qué podría llegar a abarcar y bajo qué circunstancias. Cómo se verá con mayor precisión, hemos escogido la teoría de la *Migración de Ideas Constitucionales* como base teórica para comprender el *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial, por considerar que contribuye a superar las dificultades planteadas, las cuales también hacían necesaria la escogencia de un marco teórico de análisis, así como una delimitación del objeto de estudio.

A modo introductorio, esta teoría nace de un consenso académico efectuado por distintos constitucionalistas comparatistas que el año 2003, se reunieron en un simposio organizado por el International Journal of Constitutional Law<sup>15</sup> y decidieron reconceptualizar las distintas teorías y metáforas que venían utilizándose para estudiar el *uso voluntario de derecho foráneo*, por considerarlas imprecisas e incompletas. En su lugar, optaron por la de “migración de ideas constitucionales”, cuya consolidación se efectuó en el año 2006 con una publicación colectiva editada por Sujit Choudhry.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Algunas de las metáforas y teorías más conocidas mediante las cuales puede conocerse el estudio de este fenómeno son las siguientes, no obstante analizarse con mayor detenimiento en el cuerpo de esta investigación: “comunicación transjudicial”; “polinización jurisprudencial”; “constitutional gardening”; “constitutional borrowing”; “legal transplants”; “constitutional engagement”; “constitutional lending”; “circulación de modelos legales”; “importación de derecho constitucional”; “imitation”; “legal borrowing”; “horizontal judicial dialogue”; “uso autoritativo de normas más allá de las fronteras”; “cross constitutional influence”; “cosmopolitan constitutional law”; “transjudicialism”; “transnational judicial conversations”; “constitutional dialogue”; “judicial globalism”; “globalisation of national courts”; “legal tourism”; “diálogo constitucional global” y “circulación de jurisprudencia”, entre otros.

<sup>15</sup> Se constituye como la revista líder en derecho constitucional comparado, de la cual luego surgió la la Sociedad de Derecho Público Internacional ICON-S, integrada y dirigida por los principales doctinantes del derecho público mundial. Ver: <https://www.icon-society.org/>

<sup>16</sup> Como será presentado a lo largo de este capítulo, esta teoría puede encontrarse principalmente en CHOUDHRY, S. (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Cambridge University Press. 2006.

Por ahora basta enunciar que, esta teoría permite tener una mejor conceptualización y comprensión del fenómeno pues se centra en las transferencias de ideas del derecho constitucional entre los distintos actores legales, sin denotar que sea un préstamo o trasplante; parte de que no debe existir reciprocidad ni conocimiento previo por parte de los actores entre los que ocurre dicha transferencia o migración; y permite concentrarse sobre los cambios, adaptaciones o transformaciones que tuvo determinada idea en su lugar de llegada, lo que se conoce como su “ajuste” o “adaptación”.<sup>17</sup>

En este orden de ideas, el trabajo de investigación que el lector tiene en sus manos, o en estos tiempos, frente a su pantalla, tiene como propósito resolver el siguiente problema jurídico: ¿cómo se ha materializado el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, producto de la incorporación de doctrinas jurisprudenciales foráneas, en lo que respecta a los límites al poder de reforma constitucional; el objeto del control de constitucionalidad; y la extensión de las fuentes de derecho como instrumento de integración normativa y parámetro de control de constitucionalidad?

Cuando se hace alusión a la *materialización* del mencionado fenómeno, no sólo nos referimos al vehículo o la forma a través de la cual éste se ha puesto en práctica por parte de la Corte Constitucional, sino también a sus implicaciones y desarrollo posterior en la jurisprudencia, tal y como lo plantea la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales. En otros términos, a lo que se dirige la resolución del problema planteado, es a entender la forma cómo la Corte colombiana ha sido favorable a recibir e incorporar materiales foráneos, que luego ha transformado y dotado de contenido para el ámbito local.

Asimismo, resulta importante precisar que, no debe equipararse el uso aislado y voluntario de derecho foráneo por parte de una Corte Constitucional local, con la *materialización* del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales. Según se estudiará en el Capítulo Primero, en el primer evento, podría haber un empleo singular de una o varias fuentes de derecho foráneas a las que se les otorga una función puntual en un caso en concreto. En el segundo, por el contrario, la incorporación y posterior transformación de una o varias ideas, fuentes o doctrinas jurídicas foráneas, a través de la jurisprudencia nacional, lo que necesariamente parte del uso de derecho foráneo.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibíd.* Pág. 21-22.

<sup>18</sup> Como se expondrá en el contenido de este trabajo, existe una línea muy delgada no sólo entre el derecho extranjero y el comparado, sino también entre éstos y la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales.

A su vez, y siendo necesario delimitar el objeto de estudio a una fuente de derecho en particular, se ha escogido la jurisprudencia emitida por diversas Cortes Constitucionales, y en específico, aquella que, a través de su reiteración y aplicación, ha producido verdaderas doctrinas susceptibles de ser conocidas y estudiadas. Para los efectos del presente escrito, por *doctrina jurisprudencial foránea* puede entenderse un conjunto de ideas o paradigmas creados y aceptados individual o colectivamente por las Cortes Constitucionales locales para resolver o darles mayor soporte argumentativo a sus casos. La foraneidad de las mismas radica en que no son vinculantes u obligatorias para la Corte que las incorpora con posterioridad en su jurisprudencia nacional.<sup>19</sup>

Nuestra hipótesis se basa en que este fenómeno ha podido materializarse o hacerse realidad en Colombia, gracias a que la Corte Constitucional ha promovido desde sus inicios una postura abierta o favorable a incorporar y utilizar derecho foráneo en el ámbito local. Bajo este supuesto ha podido incorporar y desarrollar tres *doctrinas jurisprudenciales foráneas* que se corresponden respectivamente con el problema planteado: la *Sustitución de la Constitución* de presunto origen indio mediante la S. C-551-03; la del *Derecho Viviente* de presunto origen italiano por medio de la S. C-557-01 y C-569-04; y la del *Bloque de Constitucionalidad* de presunto origen francés a través de la S. C-225-95.

Asimismo, la hipótesis va encaminada a sostener que el vehículo principal a través del cual ha realizado estas incorporaciones ha sido el recurso al derecho comparado como método interpretativo para dar mayor soporte argumentativo a los casos judiciales que debe resolver. Luego de su adaptación local, estas doctrinas han sido aplicadas de forma utilitaria o conveniente para brindarle a la Corte novedosas herramientas y recursos jurídicos para crear, fortalecer e innovar en sus líneas jurisprudenciales, tal y como será expuesto en el análisis de cada una de ellas.

En este punto es importante precisar que, este trabajo no pretende analizar de forma principal si la Corte Constitucional colombiana es o no un comparatista, y si utiliza correctamente el método interpretativo del derecho comparado. Como se verá, esto se debe a que el fenómeno objeto de estudio puede incluso prescindir de este método para su

---

FERRANTE, A. *Entre el derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 43. No. 2. Agosto, 2016. Págs. 601-618.

<sup>19</sup> Según Kuhn, “a un grupo de personas que comparten plenamente un paradigma se les puede clasificar en una comunidad académica”. De acuerdo con lo anterior, podría plantearse la existencia de comunidades académicas al interior de las Cortes Constitucionales, que comparten paradigmas en torno a diversos temas del derecho y que se ven aplicados por medio de su jurisprudencia. KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*. Sexta reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica. 1985. Págs. 68 y ss.

materialización, y toda vez que esa cuestión ya ha sido tratada con bastante profundidad en otras investigaciones, llegando a resultados muy concluyentes sobre los cuales se hará referencia más adelante.<sup>20</sup> Adicionalmente, porque la problemática escogida se circunscribe en examinar la incorporación y desarrollo posterior que las distintas *doctrinas jurisprudenciales foráneas* han tenido en la jurisprudencia constitucional.

Dicho lo anterior, la justificación principal de haber delimitado el objeto de estudio en los términos propuestos se relaciona con el excesivo, pero importante estudio del primer fenómeno en Colombia, esto es, del *diálogo judicial* propiamente dicho<sup>21</sup>. Y a su vez, por los carentes aportes tanto de la doctrina nacional como comparada respecto del segundo de ellos, esto es, del *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial. Lo anterior se demuestra a partir de las tres obras colectivas del derecho constitucional comparado más difundidas y representativas a nivel global, que abordan de manera exhaustiva y rigurosa este tema, pero que han dejado por fuera el caso colombiano.

La primera de ellas es *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, editada por las profesoras Groppi y Ponthoreau y publicada en 2013, donde se afirma que a pesar de ser la Corte Constitucional colombiana parte de este fenómeno, su caso no ha sido, y no pudo ser estudiado a profundidad en esa obra. Lo mismo ocurre con *Courts and comparative law*, editada por los profesores Andenas y Fairgrieve y publicada en 2015, que, a pesar del inmenso aporte en la materia, también deja por fuera el caso colombiano. Finalmente, una de las más recientes obras colectivas al respecto es *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, editada por el profesor Giuseppe Franco Ferrari y publicada en 2019, donde no obstante dedicar un capítulo exclusivo al caso latinoamericano, también se incurre en la misma omisión.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> GROPPI, T., and PONTTHOREAU, M., (Eds). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit; GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit.; GEOFFREY, S. *Comparative Law and the Courts: what counts as comparative law?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit.

<sup>21</sup> Algunas de las publicaciones más recientes al respecto son: SOLÓRZANO, J. *La garantía de los DESCAs a través del diálogo judicial y arbitral*. Anuario colombiano de derecho internacional. Universidad del Rosario. 2020; BURBANO, M. *El diálogo judicial entre la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia. 2020; CASTILLO, S., D'Janon, M., RAMÍREZ, A. *El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación*. Cuestiones Constitucionales. Jul-dic. 2019; GIL, E. *Control de Convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial*. 2 Ed. Tirant Lo Blanch. 2019; ACOSTA, P. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano* Óp.Cit.

<sup>22</sup> GROPPI, T., and PONTTHOREAU, M., (Eds). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit. Págs. 1-5; ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit.; POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit.



Antes de abordar la estructura o el contenido del presente trabajo, nos gustaría reafirmar que esta investigación se circunscribe dentro del derecho constitucional comparado por las razones ya expuestas, pero que desea proponer una metodología de análisis distinta a las que han venido siendo utilizadas con frecuencia en los trabajos de este tipo.<sup>23</sup> Esta se centrará en analizar la incorporación y posterior evolución de las *doctrinas jurisprudenciales foráneas* en el caso colombiano, y no en la realización de una comparación estricta entre nuestro ordenamiento jurídico y aquellos de donde provienen las mismas.

Si bien es cierto que para poder determinar el origen foráneo de estas doctrinas es necesario realizar una reconstrucción de derecho extranjero, esta será complementaria al objeto de estudio principal. A pesar de que este punto será abordado en el primer Capítulo, puede anticiparse que se ha discutido mucho por la doctrina si esta reconstrucción es o no derecho comparado. Para la mayoría, dentro de la que se encuentran autores como Pegoraro, Rinella, Andenas, Fairgieve, Rolla y Checcherini, no lo es, pues no busca encontrar semejanzas y diferencias entre los distintos formantes legales de uno o varios ordenamientos jurídicos.<sup>24</sup>

Sin embargo, para autores como Sacco y Somma, el hecho de que un jurista intente explicar, traducir y homologar instituciones de derecho extranjero es constitutivo de utilizar el método del derecho comparado ya que “identifica la expresión del ordenamiento propio que considera más apta para rendir el sentido de la expresión del ordenamiento ajeno, pues se esfuerza en encontrar correspondencias entre categorías irreductibles”.<sup>25</sup> De acuerdo a lo anterior, y al no ser esta la discusión central de esta investigación, deseamos reiterar que no se hará una comparación en estricto sentido, pero sí una reconstrucción necesaria de derecho extranjero para luego poder comprender el caso colombiano.

Hechas estas precisiones, el presente trabajo se compone de tres capítulos y unas conclusiones generales que pretenden demostrar nuestra hipótesis frente al problema jurídico planteado. Para claridad del lector, debe precisarse que, todos los capítulos se encuentran integrados por una serie de acápite cuyos títulos están contruidos por medio de premisas y

---

<sup>23</sup> A modo ilustrativo, en las obras citadas anteriormente se observan principalmente tres tipos de metodologías: una de tipo cuantitativa, consistente en determinar cuáles son las Cortes Constitucionales más citadas por otras Cortes locales, así como los temas de su preferencia; y las otras dos de de tipo cualitativa, centradas en determinar cómo una Corte utiliza el método de derecho comparado y su cientificidad; y la aplicación de derecho foráneo en general en los casos en concreto que deben resolverse.

<sup>24</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 442-474; PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Astrea. 2016. Págs. 1-43; ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Pág. 50; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 12-13.

<sup>25</sup> SACCO, R. *Introduzione al Diritto Comparato*. Utet, Turín. 1991, Págs. 40 y Ss, citado por SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 50.

no de simples enunciaciones. Cada premisa responde a un interrogante de fondo que nos ha permitido desarrollar el contenido de estos, y, por ende, del capítulo en su totalidad. De igual forma, y con la finalidad de no perder el hilo conductor de lo expuesto, cada capítulo tiene su propia introducción, y al final de cada acápite se elaboran sendas conclusiones y se formula nuestra valoración personal al respecto.

Dicho lo anterior, el Capítulo Primero se titula *De la Comunicación Transjudicial Horizontal a la Migración de Ideas Constitucionales. La búsqueda por encontrar una teoría autónoma y completa que explique el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales*, y su objetivo es describir y analizar el marco teórico sobre el cual se ha estudiado el *uso voluntario de derecho foráneo* por parte de las Cortes Constitucionales locales, así como los distintos debates o discusiones que han surgido al respecto.

Éste se encuentra integrado por cinco acápite que pretenden desarrollar los siguientes argumentos. En el primero se analiza porqué las últimas décadas del Siglo XX representan un cambio global en la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia. Como se anunciaba en líneas precedentes, esto obedeció principalmente a los fenómenos de la globalización e internacionalización del derecho, y a la era de la informática que permitió a los jueces estar más interconectados y generar un importante flujo de información sobre sus casos por todo el mundo.

En el segundo, por su parte, se examina cómo la obra de A.M. Slaughter abrió el camino para que diferentes doctrinantes comenzaran a estudiar y elaborar teorías que permitieran una comprensión más amplia del *uso voluntario de derecho foráneo* por parte de las Cortes locales de distintos ordenamientos. Luego, en el tercer acápite se aborda nuestra elección por la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales como base teórica para la presente investigación, por considerar que contribuye a superar las dificultades de tipo *conceptual* y *material*, que hacían necesaria la escogencia de un marco teórico de análisis, así como una delimitación del objeto de estudio.

No obstante, sólo a partir del Capítulo Segundo se utilizará esta terminología y se dejará de un lado la del *uso voluntario de derecho foráneo*. Al mismo tiempo se recuerda que, la escogencia de esta teoría es la que permite ir más allá de los trabajos realizados hasta el momento en este campo, pues permite enfocarse en los ajustes, adaptaciones, transformaciones y posterior evolución que el derecho foráneo, o en nuestro caso, las *doctrinas jurisprudenciales*

*foráneas*, han tenido en el ordenamiento de llegada. Por ello, sería reduccionista equiparar ambos fenómenos, no obstante existir una relación de codependencia entre ellos.

En el cuarto acápite se aborda el debate relacionado con las distintas posiciones que han surgido en la doctrina en torno a si materializar o darle aplicación a este fenómeno puede ser considerado como una actividad legítima o no. Finalmente, el último acápite de este capítulo ilustra las discusiones doctrinales relacionadas con si la acción de incorporar derecho foráneo se hace necesariamente a través del método del derecho comparado, o por el contrario, puede realizarse de forma independiente.

El Capítulo Segundo lleva por título *Las Cortes Constitucionales locales han adoptado distintas posturas frente al fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales*, y en él desea ilustrarse y examinarse cómo algunas de las Cortes Constitucionales locales a nivel global han sido favorables a materializar el fenómeno de la migración de ideas constitucionales, o en su defecto, lo han restringido. Al final de este, se dará especial atención al caso de la Corte Constitucional colombiana por ser nuestro objeto de estudio, y toda vez que no pretende realizarse una comparación jurídica en estricto sentido, entre los distintos Tribunales y sus respectivos ordenamientos jurídicos. No obstante, para una mejor comprensión de la postura de la Corte colombiana, resulta necesario explicar las experiencias de otras latitudes sin llegar a compararlas o confrontarlas.

A diferencia del primer capítulo, que aborda el marco teórico propuesto de forma general y desde el punto de vista de la doctrina comparada, en este el enfoque es netamente judicial desde las distintas posiciones de la Cortes Constitucionales locales, apoyado, por supuesto, de un análisis doctrinal. Dicho lo anterior, el primer acápite de este capítulo intenta analizar si realmente puede predicarse la existencia de una empresa o comunidad global de Cortes Constitucionales que persiguen fines similares, lo que en parte justificaría el intercambio de las fuentes de derecho foráneo utilizadas para resolver los casos; o en su defecto, si dadas las diferencias entre los contextos, sería más apropiado hablar de muchas Cortes persiguiendo fines distintos e independientes, por lo que las soluciones a los casos judiciales deberían permanecer en cada Estado.

El segundo acápite intenta exponer cómo a pesar de plantearse la existencia de la denominada empresa o comunidad global de Cortes, no podría hacerse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la migración de ideas constitucionales. Como ya se anunciaba, es en esta sección donde se abordan y analizan los casos de las distintas Cortes

a nivel global, con una mirada generalizada que pretende demostrar las diversas posturas sostenidas. Éstas las hemos decidido agrupar en tres categorías: *restrictiva*, *permisiva*, e *intermedia o ambigua*.

Por su parte, el tercer acápite estudia el caso de la Corte Suprema de Justicia de EE. UU., como el ejemplo paradigmático o más representativo de la postura *restrictiva*, según la doctrina constitucional comparada. Aquí se pretende exponer los principales fallos relacionados con el *uso voluntario de derecho foráneo* que han generado debate al interior de esta Corte, y que la han llevado a liderar la mencionada postura a nivel global. No obstante, también se analiza cómo ésta puede ser una postura apenas aparente, y en realidad, existir una larga tradición jurisprudencial que se ha sustentado en la incorporación de materiales foráneos.

El cuarto acápite intenta analizar la otra cara de la moneda, a partir del estudio del caso de la Corte Constitucional de Sudáfrica, como ejemplo paradigmático de la postura *permisiva* frente al *uso voluntario de derecho foráneo* en sede judicial. Como se verá, esto obedece no sólo a tener una habilitación de la Constitución para realizarlo, sino también por su mismo origen y postura frente al derecho comparado. De igual manera, se despejarán las dudas sobre la excesiva atención y ejemplificación que se le ha dado a este Corte por parte de la doctrina constitucional comparada, y de cómo también se pueden encontrar posturas *restrictivas* dentro de la misma.

Bajo este contexto, y teniendo como marco de referencia, más no de comparación, las posturas contrarias que han asumido los distintos Tribunales locales a nivel global, el quinto acápite aborda el caso de la Corte Constitucional colombiana, e intenta demostrar cómo ha adoptado desde sus inicios una postura permisiva frente al fenómeno descrito, el cual ha materializado a través de lo que ella ha denominado como el “recurso al derecho comparado” en su jurisprudencia. Asimismo, intenta demostrarse que existe una práctica reiterada de citación e incorporación de derecho foráneo, por lo que podría predicarse no sólo una postura *permisiva*, sino también una de fomento frente al mencionado fenómeno.

Finalmente, en el último acápite de este capítulo se analiza la existencia de una serie de causas o razones comunes por las cuales las Cortes Constitucionales locales deciden propiciar la utilización de derecho foráneo, lo que puede dar lugar a una materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales en los términos propuestos. Debe precisarse que, éstas serían comunes para aquellas Cortes que han decidido sostener una postura *permisiva* e incluso *ambigua*, más no, para las que predicen una *restrictiva*.

El tercer y último capítulo se titula *En la incorporación de las doctrinas jurisprudenciales foráneas de la Sustitución de la Constitución, del Derecho Viviente y del Bloque de Constitucionalidad, puede evidenciarse la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales para el caso colombiano*, en el cual desea evidenciarse la materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales en Colombia, a partir del estudio de las tres doctrinas ya referenciadas.

El título de este capítulo no desea afirmar que, sólo en las tres doctrinas mencionadas pueda evidenciarse la materialización del mencionado fenómeno. Por el contrario, como se expone en el penúltimo acápite del Capítulo Segundo, existe una constante citación de distintas fuentes de derecho foráneo, que, desde sus inicios hasta la actualidad, la Corte colombiana ha realizado voluntariamente. Nuestra elección se justifica, entonces, por tres argumentos principales que serán abordados en esta sección, y que se encuentran relacionados con uno de tipo metodológico; otro producto de una constatación previa de la jurisprudencia atinente a estas doctrinas; y uno tercero que gira en torno a los elementos comunes que comparten las mismas.

Dicho lo anterior, este capítulo se encuentra integrado por tres grandes acápites (uno por cada doctrina) en los cuales se aborda respecto de cada una de ellas lo siguiente: i) cuál es su origen y de qué manera fue creada y aplicada por la Corte Constitucional foránea en su ordenamiento jurídico; ii) cómo llegan o son incorporadas en Colombia por nuestra Corte y bajo qué condiciones y justificaciones; iii) a partir de su incorporación expresa o explícita, cómo han sido aplicadas y desarrolladas hasta la actualidad a lo largo de la jurisprudencia; iv) luego de esta evolución, qué consecuencias, efectos e implicaciones se han generado fruto de la materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales a nivel local; y, v) sendas conclusiones y valoraciones personales al respecto.

Por último, en el presente trabajo se dedica una sección final a las conclusiones generales de la investigación, que no pretende repetir o reiterar lo expuesto en cada uno de los capítulos, toda vez que todos y cada uno de los acápites propuestos tienen sus propias conclusiones y valoraciones personales. Por el contrario, aquí desea realizarse un análisis transversal sobre todas las ideas; los argumentos; y hallazgos encontrados, que pueda partir de esa base, pero que al mismo tiempo integre nuevos elementos conclusivos al respecto.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

**De la Comunicación Transjudicial Horizontal a la Migración de Ideas Constitucionales.  
La búsqueda por encontrar una teoría autónoma y completa que explique el uso de  
derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales**

## INDICE DE CAPÍTULO

### Introducción

**1.** Las últimas décadas del Siglo XX representan un cambio global en la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia

#### **1.1** Conclusión y valoración personal

**2.** La obra de Slaughter abrió el camino para que otros doctrinantes comenzaran a estudiar y elaborar teorías que permitieran una comprensión más amplia del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales de distintos ordenamientos

#### **2.1** Conclusión y valoración personal

**3.** La teoría de la Migración de Ideas Constitucionales permite estudiar y analizar el uso de doctrinas jurisprudenciales foráneas por parte de las Cortes locales

#### **3.1** Conclusión y valoración personal

**4.** A pesar de que el fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales es una realidad, su aceptación no ha sido del todo pacífica

**4.1** Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *ilegítima*

**4.2** Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *legítima*

**4.3** Resultaría *legítimo* que las Cortes Constitucionales locales utilicen derecho foráneo, siempre y cuando se encuentre justificado y en los contextos adecuados

#### **4.4** Conclusión y valoración personal

**5.** No existe un único método a través del cual las Cortes Constitucionales locales puedan usar o incorporar derecho foráneo en su jurisprudencia

#### **5.1** Conclusión y valoración personal

## Introducción

El presente Capítulo tiene como objetivo principal describir y analizar el marco teórico sobre el cual se ha estudiado el uso voluntario de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, así como los distintos debates o discusiones que han surgido alrededor de este tema. Como se expondrá más adelante, no existe univocidad sobre las teorías que lo explican, y mucho menos un acuerdo sobre su legitimidad y método de aplicación. Conscientes de esta dificultad, este Capítulo también desea ilustrar nuestra elección por la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, como base teórica para realizar y explicar nuestra investigación.

Tal y como se precisó en la introducción general de este trabajo, dentro de las distintas fuentes del derecho foráneo aplicables, nuestro análisis se centrará sobre algunas *doctrinas jurisprudenciales foráneas* que han sido incorporadas, y luego desarrolladas por la Corte Constitucional colombiana. Recuérdese que por esto entendemos un conjunto de ideas o paradigmas creados y aceptados por las Cortes locales o nacionales para resolver o darles mayor soporte argumentativo a sus casos. La foraneidad de las mismas radica en que no son vinculantes u obligatorias para la Corte que las incorpora y desarrolla con posterioridad en su jurisprudencia nacional.<sup>26</sup>

Dicho lo anterior, este Capítulo se encuentra integrado por cinco acápite que pretenden contribuir con el cumplimiento del propósito descrito, y cuyos títulos se encuentran contruidos por medio de premisas y no de simples enunciaciones. Cada premisa responde a un interrogante de fondo que nos ha permitido desarrollar el contenido de estos. De igual forma, y con la finalidad de no perder el hilo conductor de lo expuesto, al final de cada acápite se elaboran sendas conclusiones y se formula nuestra valoración personal al respecto.

En este orden de ideas, el primer acápite desea responder a la siguiente pregunta: ¿en qué momento empezó a transformarse de manera global, la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, interactuaban entre sí, resolvían sus casos y construían su jurisprudencia? La premisa que contesta este interrogante intenta explicar que, en las últimas décadas del Siglo XX, y las primeras del XXI, los jueces cambiaron significativamente su forma de trabajar. Ahora, gracias a la era de la informática y a la globalización e

---

<sup>26</sup> Según Kuhn, “a un grupo de personas que comparten plenamente un paradigma se les puede clasificar en una comunidad académica”. De acuerdo con lo anterior, se reitera que, podría plantearse la existencia de comunidades académicas al interior de las Cortes Constitucionales, que comparten paradigmas en torno a diversos temas del derecho y que se ven aplicados por medio de su jurisprudencia. KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*. Sexta reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica. 1985. Págs. 68 y ss.



internacionalización del derecho, principalmente, podían resolver sus casos y construir su jurisprudencia a partir de las experiencias judiciales de otras latitudes.

En el desarrollo de este suceso, distintos doctrinantes empezaron a evidenciar que los jueces estaban comunicándose o dialogando entre sí para intercambiar argumentos, doctrinas y soluciones a los casos en concreto. Sin embargo, no se trataba de un sólo fenómeno sino de al menos dos: uno en el que, a rasgos generales, los jueces se comunicaban porque sus decisiones eran recíprocamente vinculantes; y otro, en el que a pesar de que no lo eran, la comunicación se presentaba. Al primer caso le dieron el nombre genérico de “diálogo judicial”, mientras que, al segundo, también genéricamente, el de “uso de derecho foráneo o extranjero”.

En virtud de lo anterior, este primer acápite pretende dilucidar qué se entiende por el mencionado fenómeno del uso de derecho foráneo o extranjero; cómo ha evolucionado; y cuáles serían sus variantes teóricas, o, en otras palabras, si la doctrina utiliza la misma terminología para referirse a él. De igual forma, contextualizar a los principales autores que lo describen, así como explicar sus elementos característicos más importantes.

Por otro lado, el segundo acápite trata responder a la pregunta siguiente: ¿existe algún aporte académico que haya fijado las bases para una comprensión más amplia del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales de los distintos ordenamientos jurídicos? La premisa que contesta este interrogante intenta ilustrar que la obra de Slaughter sobre la Comunicación Transjudicial, pudo haber sentado las primeras bases para que de manera generalizada se hablara de diálogo judicial y se evidenciara un nuevo fenómeno relacionado con la comunicación entre las Cortes a nivel global.

No obstante, con posterioridad, distintos académicos del derecho constitucional y comparado trataron de fundamentar nuevas teorías que pudieran explicar con mayor claridad y autonomía el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales, o en términos de esta autora, de la Comunicación Transjudicial Horizontal. Podría afirmarse que el término “uso de derecho foráneo” se ha asignado de forma genérica por la doctrina, dadas las distintas teorías que intentan explicarlo y caracterizarlo.<sup>27</sup>

De igual forma, en este acápite se explican y evidencian dos dificultades principales que surgen para la correcta comprensión de este fenómeno, las cuales serán resueltas en el acápite siguiente. La primera sería su delimitación *conceptual*, es decir, cómo puede definirse

---

<sup>27</sup> SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit. Págs. 103-112.

el mismo y cuáles serían sus principales características. La segunda sería su delimitación *material*, esto es, qué podría llegar a abarcar dicho fenómeno y bajo qué circunstancias.

El tercer acápite, por su parte, procura responder al siguiente interrogante: ¿entre las distintas teorías que intentan dar explicación de cómo y por qué los ordenamientos jurídicos utilizan derecho foráneo, existe alguna que permita estudiar y analizar con mayor precisión cómo y por qué las Cortes Constitucionales locales incorporan *doctrinas jurisprudenciales foráneas* en su jurisprudencia?

La premisa que contesta esta pregunta ilustra y justifica nuestra elección por la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, como base teórica para la investigación desarrollada, por considerar que contribuye a superar las dificultades de tipo conceptual y material, que hacían necesaria la escogencia de un marco teórico de análisis, así como una delimitación del objeto de estudio.<sup>28</sup> Esta terminología específica sólo empezará a ser utilizada a partir del segundo Capítulo, por considerar que puede desviar la atención en la comprensión del marco teórico central que aquí se presenta. Para los efectos de este primer Capítulo se utilizará, entonces, el término genérico de “uso de derecho foráneo” para describir el fenómeno.

Como se verá en esta sección, no resulta apropiado equiparar el uso de derecho foráneo como término genérico, con la Teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, así como con las demás teorías que pretenden dar una explicación concreta del fenómeno. Esto se debe, por un lado, al alcance y a las limitaciones que cada una de ellas le ha asignado; y por el otro, a que las mismas han tratado de avanzar hacia una explicación más amplia, detallada y precisa del mencionado fenómeno, por lo que sería reduccionista realizar esta equiparación.

De acuerdo con lo anterior, en el cuarto acápite se pretende dar respuesta a esta pregunta: ¿el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales es considerada una actividad legítima? La premisa que desea responder a este interrogante ilustra las distintas posturas o tesis doctrinales en torno a si la puesta en práctica o materialización de este fenómeno debería o no, llevarse a cabo por los jueces locales.

Luego de superada una primera fase de discusión, relacionada con si el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales era una realidad o no, el debate pasó a lo que hemos denominado “la legitimidad de su materialización”. Como se estudiará en su momento, hay un

---

<sup>28</sup> Como será presentado a lo largo de este capítulo, esta teoría puede encontrarse principalmente en CHOUDHRY, S. (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit.

sector de la doctrina constitucional y comparada que sostiene que esta práctica es ilegítima toda vez que el derecho y los sistemas jurídicos son heterogéneos; no es democrática; los contextos jurídicos, políticos, sociales y culturales de los Estados son distintos; los jueces carecen de conocimiento en derecho foráneo; es una actividad de “Cherry Picking”; y conduce a la ilegitimidad misma de la Corte Constitucional.

Por otro lado, hay quienes defienden su materialización y afirman que es una actividad legítima, toda vez que el “Cherry Picking” no se encuentra del todo probado; se puede realizar un adecuado uso del contexto al usarlo; el derecho comparado es un método válido del razonamiento judicial y el juez tiene libertad para elegirlo; funciona como una autoridad persuasiva; ayuda a la armonización jurídica regional; y pueden existir relaciones genealógicas entre los sistemas jurídicos que permiten su realización. De igual forma, existen autores que han optado por sostener tesis o posiciones intermedias, afirmando que sólo podría predicarse una legitimidad cuando la puesta en práctica se encuentre debidamente justificada y en los contextos adecuados.

Por último, en el quinto acápite desea responder a la siguiente cuestión: ¿existe un único método interpretativo a través del cual las Cortes Constitucionales locales logren materializar el fenómeno del uso de derecho foráneo? La premisa que procura dar respuesta a esta pregunta ilustra las discusiones dadas por la doctrina relacionadas con si la acción de incorporar derecho foráneo, lo que en últimas podría conducir a la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales, pasa necesariamente por el método del derecho comparado, o por el contrario, puede realizarse de forma independiente.

Como se examinará al final de este Capítulo, existen autores que evidencian la inexistencia de un método interpretativo específico para darle aplicación a este fenómeno. Por el contrario, otros afirman que el método del derecho comparado es la herramienta ideal para ponerlo en práctica. Finalmente, y como se verá, hay tesis que sostienen la ausencia de un método en particular y hablan de un “uso escondido, material o inconsciente”.

## 1. Las últimas décadas del siglo XX representan un cambio global en la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia

Como se mencionó en la introducción general de esta investigación, durante las últimas décadas del Siglo XX se vivió un periodo de transformación en la actividad judicial. La globalización y la era de la informática aumentaron las facilidades de acceso a las distintas bases de datos de contenido jurídico a nivel global, así como a los portales electrónicos judiciales donde empezaban a publicarse las sentencias.<sup>29</sup> Entre otras cosas, esto permitió a los jueces conocer e inspirarse del trabajo de sus homólogos para realizar el propio.<sup>30</sup>

De igual forma, la internacionalización del derecho; el incremento de la movilidad académica y cultural de los diferentes profesionales y estudiosos en este campo; así como el fomento extendido de los congresos internacionales, permitieron la discusión y difusión de los fallos judiciales de modo global.<sup>31</sup> Según Jaramillo, “la concepción del derecho como un asunto de índole local o Estadual comenzó a ser superada, y en su lugar, empezó a gestarse una migración de ideas e instituciones jurídicas por todo el mundo que fueron impulsadas en buena medida por nuevas disciplinas como el derecho comparado e internacional”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> En cuanto a la globalización, Chevallier afirma que “ha dado un nuevo entendimiento al derecho tras la aparición de nuevos órdenes normativos transfronterizos; nuevas regulaciones transnacionales y reconfiguraciones de la organización del Estado producto de su fragmentación interna; el reforzamiento de los vínculos de interdependencia entre Estados y organismos internacionales; y la redefinición de muchas funciones estatales, entre otras. Esto ha generado la “crisis de la modernidad jurídica”, y el advenimiento de una sociedad de derecho global con una excesiva reglamentación extraestatal del derecho, que reestructura completamente los circuitos jurídicos de comunicación”. Estas circunstancias caracterizan lo que Chevallier llama el Estado posmoderno. CHEVALLIER, J. *L'État post-moderne*. Óp. Cit; De igual forma, Twining afirma que “en el mundo globalizado en el que vivimos, las influencias recíprocas entre los distintos ordenamientos jurídicos son cada vez más frecuentes”. TWINING, W. *Derecho y globalización*. Óp. Cit.

<sup>30</sup> Para Sarra, las causas de esta transformación se pueden describir así: “la conquista de la alfabetización informática que permite obtener información de todas partes del mundo y a su vez darla a conocer; el conocimiento de esta información por parte de las nuevas generaciones de magistrados, así como su cultura jurídica; el conocimiento de más idiomas; el trabajo divulgativo de los comparatistas sobre los distintos sistemas jurídicos; a cultura jurídica sobre el respeto y garantía de los derechos humanos”. SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*, in M. BIANCHINI – G. GIOIA, *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità, Atti del I Convegno Dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013. Pág. 479

<sup>31</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*, en GINSBURG, T.; DIXON, R. *Comparative Constitutional Law*. Óp. Cit. Págs. 570-580; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Págs. 547-584; GROPPI, T. *¿Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. *Rivista di Diritti Comparati*. Diciembre 2010. Págs. 1-2.

<sup>32</sup> Así lo expresa esta autora: “Hablar de poder y dominio en lo que respecta a la producción de conocimiento jurídico es contradictorio al menos en dos sentidos. En primer lugar, se tiende a entender el derecho como algo nacional, local o, de alguna manera, particular a los hábitos de un soberano. en este sentido, se propende a considerar que el conocimiento legal está ligado a las especificidades de cada jurisdicción. En segundo lugar, hay una tendencia a interpretar el conocimiento como algo objetivo en el sentido de que se encuentra por fuera del poder y de la voluntad. Sin embargo, estos dos supuestos se han considerado problemáticos por lo menos durante

De igual forma, Rolla y Ceccherini sostienen que, “gracias a la globalización, los ordenamientos jurídicos son más propensos a ser influenciados por la cultura jurídica de otros sistemas jurídicos, pues al no ser totalmente autosuficientes, están abiertos a las distintas experiencias foráneas”.<sup>33</sup> Pocar, por su parte, afirma que “de las múltiples consecuencias que ha tenido la globalización en el derecho, se destaca la relación que ha surgido entre los jueces de distintos ordenamientos que ha permitido el intercambio de decisiones y argumentos para resolver los casos y controversias en sede judicial”.<sup>34</sup>

Somma por su lado, destaca que “en los últimos tiempos es inconcebible que un ordenamiento jurídico se estructure aisladamente sin tener en cuenta experiencias e influencias foráneas”.<sup>35</sup> Tanto este autor, como Pegoraro y Rinella, sostienen que “la globalización ha sido el motor principal de un “constitucionalismo transnacional”, que ha contribuido a crear valores comunes como la democracia y sensibilizar a los ordenamientos en temas como el derecho ambiental”. Sin embargo, también destacan aspectos negativos que se han presentado, como graves violaciones a los derechos humanos.<sup>36</sup>

Bajo este contexto inicial, a mediados de los años noventa, Slaughter estuvo entre las primeras doctrinantes con mayor difusión, que trataron de explicar que los jueces de los distintos órdenes normativos y jurisdiccionales a nivel global estaban “comunicándose” entre sí y teniendo “conversaciones” sobre su jurisprudencia; la forma cómo resolvían los casos y adoptaban las distintas teorías.

Para describir este fenómeno utilizó la metáfora de la “Comunicación Transjudicial” refiriéndose, siguiendo a Glendon, al “tráfico de ideas y derechos” entre diversos jueces de un lado del mundo al otro. Si bien reconoció que el fenómeno no era totalmente novedoso, sí que se encontraba en aumento.<sup>37</sup> El punto de partida de esta autora se centró en la existencia de

---

el último siglo. La idea de que el derecho siempre es nacional, local o particular ha sido rebatida por dos disciplinas dentro del derecho mismo: el derecho comparado y el derecho internacional. Ambos han aspirado a lograr que el derecho nacional sea commensurable, comparable y, en el caso del derecho internacional, que asuma responsabilidades. Los dos han seguido siendo marginales en muchos contextos, pero no hay duda de que han cambiado la manera en la que nos imaginamos el derecho y justificamos la negativa a involucrarnos con todo lo que está más allá de las fronteras nacionales”. JARAMILLO, I. *Un examen a los intercambios académicos: más allá de la división entre norte y sur*, en Ed. BONILLA, D. *Geopolítica del Conocimiento Jurídico*. Siglo del Hombre Editores S.A., Universidad de los Andes, Colombia. 2015. Págs. 335-336.

<sup>33</sup> ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 18.

<sup>34</sup> POCAR, F. *Introduzione* en BIANCHINI, M.; GIOIA, G. *Dialogo tra Corti e Principio di Proporzionalità*. Óp. Cit. Págs. 9-11.

<sup>35</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit.

<sup>36</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 170; PEGORARO, L., RINELLA, A., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2013, pp. 185 y ss.

<sup>37</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit. Pág. 99. La misma idea puede ser comprendida a partir de las siguientes obras; SLAUGHTER, A. *A new world order*. Princeton University Press.

Cortes “hablantes” (*Speaking Courts*), y Cortes que “escuchan” (*Listening Courts*). “Las primeras crean doctrinas e ideas a través de su jurisprudencia, mientras que las segundas, las escuchan y luego las incorporan en su sistema jurídico”. De este hecho, distinguió tres formas de comunicación transjudicial que pueden presentarse entre las Cortes o jueces, y elaboró la siguiente tipología:

a) *Comunicación Transjudicial Vertical*. Tiene lugar entre jueces nacionales e internacionales o supranacionales gracias a un tratado o convención que permite a una Corte internacional o supranacional juzgar a un Estado de acuerdo con lo estipulado en dicho tratado.<sup>38</sup> En consecuencia, la comunicación entre Cortes locales e internacionales tiene un alto grado de vinculatoriedad y no sucede de manera espontánea pues existe un conocimiento recíproco de la información jurídica que se comunica al ser obligatoria o vinculante;<sup>39</sup>

b) *Comunicación Transjudicial Horizontal*. Se da entre Cortes que son jerárquicamente iguales, como lo serían dos o más Cortes Constitucionales locales de diversos ordenamientos jurídicos, o dos o más Cortes Internacionales o Supranacionales de diversos sistemas.<sup>40</sup> A diferencia de la comunicación transjudicial vertical, aquí no existe un grado de vinculatoriedad de las decisiones judiciales en virtud de un tratado internacional, por lo que las comunicaciones se presentan de forma espontánea y sin conocimiento recíproco de la información jurídica que se comunica;<sup>41</sup>

---

Óp. Cit; L'HEUREUX-DUBÉ, C. *The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court*. Tulsa Law Journal No. 34. Pág. 40. PEGORARO, L. *Judges and Professors: the influence of foreign scholarship on constitutional Courts decisions*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 329-351.

<sup>38</sup> Este tipo de comunicación se presenta principalmente, pero no de manera exclusiva, en los sistemas regionales de protección de derechos humanos y las Cortes nacionales o locales de los países que los integran. Por ejemplo, en el Sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos. *Ibíd.* Págs. 106-107.

<sup>39</sup> Veinte años después, importantes exponentes del derecho constitucional comparado siguen aceptando y utilizando esta tipología. Ver por ejemplo a Pegoraro quien habla de diálogo judicial vertical. PEGORARO, L. *Judges and Professors: the influence of foreign scholarship on constitutional Courts decisions*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 329-351.

<sup>40</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp.Cit. Págs. 103-104.

<sup>41</sup> En la actualidad, buena parte de la doctrina acepta esta tipología propuesta por Slaughter. Ver por ejemplo: DROBNING, U; VAN ERP, S (Eds.). *The Use of Comparative Law by Courts*. XIV Congrès International de droit compare (Kluwer Law International, The Hague-London-Boston. 1999); SOMMA, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Giuffrè, Milano. 2001; ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) *Comparative Law before the Courts*. *British Institute of International and Comparative Law*, London 2004; ALPA, G. (Ed.) *Il Giudice e l'uso di sentenze straniere. Modalità E tecniche dell'interpretazione giuridica*. Giuffrè. Milano. 2006; MARKESINIS, B; FEDTKE, J. *Judicial Recourse to foreign Law: a new source of inspiration?* U.C.L. Press, London 2006; GROPPI, T; PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit.; FERRER Mac-GREGOR, E; HERRERA GARCÍA, A. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Tirant Lo Blanch, México. 2015.

c) *Comunicación Transjudicial Mixta*. Se presenta cuando los jueces locales logran comunicarse con otros jueces de diferentes ordenamientos, a través de la comunicación vertical. Es decir, por medio de los tribunales internacionales o supranacionales que les son jerárquicamente superiores y vinculantes en virtud de un tratado internacional.<sup>42</sup>

De acuerdo con lo anterior, Slaughter identificó algunas modalidades de diálogo que surgían de los distintos tipos de comunicación. Así, por ejemplo, de la Comunicación Transjudicial Vertical surge un “diálogo directo” entre jueces nacionales e internacionales o supranacionales por el conocimiento recíproco y vinculante de las decisiones judiciales que se emiten dentro del sistema del cual hacen parte.<sup>43</sup> Por el contrario, de la Comunicación Transjudicial Horizontal surge una especie de “monólogo” ya que una Corte local que toma una idea o doctrina de otra sin hacerle partícipe de esta acción, pareciera estar dialogando consigo misma pues tampoco espera, ni es obligatoria, una citación recíproca vinculante.<sup>44</sup>

La elaboración de esta tipología sobre la Comunicación Transjudicial llevó a que, con posterioridad, y por la difusión de la obra, se hablara generalizadamente del “diálogo judicial” para referirse a cualquier tipo de Comunicación Transjudicial.<sup>45</sup> Sin embargo, Slaughter y otros autores que se mencionan a continuación, han aclarado que sólo puede hablarse de diálogo en la Comunicación Transjudicial de tipo Vertical.

En este último tipo de comunicación, sí ocurre un intercambio de argumentos entre los distintos jueces nacionales, supranacionales e internacionales, que conocen cabalmente el contenido y alcance de sus fallos y tienen en cuenta sus decisiones para resolver los casos, entre otras cosas, porque existe un vínculo formal o jurídico en virtud de un tratado.

De acuerdo a lo anterior, Rosenkrantz, por ejemplo, afirma que “no se produce un diálogo judicial cuando se usa genéricamente derecho foráneo por parte de las Cortes locales, ya que además de no resultar vinculante, los tribunales no validan los casos y las características en las cuales fue producido, llegando a desconocer incluso las particularidades del país

---

<sup>42</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp.Cit. Págs. 111-112.

<sup>43</sup> *Ibíd.* Ver igualmente a McCRUDDEN, C. *A common law of human rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies No. 20. 2000. Pág. 499.

<sup>44</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp.Cit. Pág. 118.

<sup>45</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, en MONATERI, PG (Ed.). *Methods of Comparative Law*. Edward Elgar. 2012. Págs. 25-61.

fuente”.<sup>46</sup> De la misma manera lo sostiene Zeno-Zencovich quien agrega que no se presenta una reciprocidad en la información judicial compartida y aplicada.<sup>47</sup>

Nogueira precisa que el diálogo judicial implica una “bireccionalidad en oposición a un monólogo y una fertilización cruzada del uso del derecho”.<sup>48</sup> Esto implica, “no sólo un intercambio de argumentos judiciales y el conocimiento previo de los fallos, sino el uso de un derecho común aplicable para las Cortes que dialogan”.<sup>49</sup> Una postura similar puede encontrarse en Acosta quien está de acuerdo con Slaughter y Nogueira.<sup>50</sup>

Pocar, por su parte, concuerda con las posturas citadas y aclara que “resulta preciso hablar de diálogo judicial al presentarse una interacción entre los jueces nacionales e internacionales en virtud de un tratado internacional o comunitario que les sea vinculante y no cuando se está en presencia del uso de derecho foráneo por parte de jueces locales”.<sup>51</sup>

Por último, Hirschl propone una tipología distinta que diferencia ambos fenómenos, a pesar de agruparlos en un término general denominado como “diálogo constitucional global”. Describe tres tipos de usos así: en primer lugar, “el uso obligatorio o vinculante del derecho extranjero que ocurre por virtud de una ley (en el sentido amplio de este término)”; en segundo lugar, “el uso aconsejable pero no vinculante que obedece a la claridad normativa y el valor reputacional de dicho derecho”; y finalmente, “el uso voluntario u opcional que tiene lugar cuando no hay vinculatoriedad, expectativa o autoridad en el ordenamiento jurídico interno para la referencia al derecho extranjero, pero se hace de todos modos”.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 269–295.

<sup>47</sup> ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 458.

<sup>48</sup> NOGUEIRA define diálogo judicial así: “(...) dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un tribunal a otro (...) Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisprudencias de los diversos tribunales y cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas (...)”. NOGUEIRA, H. *El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno*. Óp. Cit. Págs. 23 y 24.

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> De igual forma, para examinar el fenómeno del diálogo judicial, ver: ACOSTA, P. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Óp. Cit.

<sup>51</sup> POCAR, F. *Introducción* en BIANCHINI, M.; GIOIA, G. *Dialogo tra Corti e Principio di Proporzionalità*. Óp. Cit. Págs. 9-11.

<sup>52</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 547.



## **1.1 Conclusión y valoración personal**

Como fue descrito y justificado en la introducción general de este trabajo, nuestra investigación no se ocupa del diálogo judicial propiamente dicho, sino del fenómeno opuesto, esto es, siguiendo la tipología de Slaughter, de la Comunicación Transjudicial Horizontal o el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales si utilizamos el término genérico. Dentro de las distintas fuentes del derecho posibles a considerar, hemos centrado el análisis en la jurisprudencia, y en particular, en las doctrinas foráneas que se crean por esta vía, y que luego son introducidas al ordenamiento constitucional colombiano por la Corte Constitucional.

De acuerdo con lo anterior, del presente acápite deseamos destacar dos ideas fundamentales e ilustrar nuestra valoración personal al respecto. La primera de ellas hace alusión a que gracias a la globalización; la era de la informática; así como a los demás factores descritos, entre finales del S. XX y comienzos del XXI se dio una notable transformación en la manera como los jueces y las Cortes de los distintos países ejercían su labor. Pasaron de estar parcialmente aislados y desarrollar su trabajo individualmente, a tener la oportunidad de construir una red o empresa judicial que debía resolver problemas parecidos con argumentos similares.

En el desenvolvimiento de este suceso, empezó a evidenciarse el hecho de que las Cortes estaban comunicándose o dialogando entre sí para intercambiar argumentos, doctrinas y soluciones a los casos en concreto. Como consecuencia, surgieron teorías y metáforas como las de Slaughter acerca de la Comunicación Transjudicial para dar alguna explicación y lograr su comprensión. Éstas lograron difundirse y podría afirmarse que también pusieron a los académicos en “diálogo”.

En virtud de lo anterior, la segunda idea que desea resaltarse tiene que ver con elementos necesarios para la identificación del diálogo judicial que lo diferenciarán de los demás fenómenos. En primer lugar, es indispensable que exista bidireccionalidad en las comunicaciones, pues de lo contrario será un fenómeno de una sola vía o sin reciprocidad. Asimismo, las interacciones que se presenten deben tener un tratado o convención internacional como marco jurídico que resulte vinculante para los jueces que interactúen dentro del sistema internacional, regional o comunitario.

En este sentido, las decisiones que se profieran tanto por los jueces locales, como por los internacionales, serán siempre vinculantes u obligatorias en virtud del tratado o convención, lo que entre otras cosas implicaría, un conocimiento recíproco de las mismas y un ulterior

intercambio de los argumentos que ellas contienen, los cuales serían susceptibles de trasladarse de un lugar a otro.

Por el contrario, el fenómeno opuesto al diálogo judicial sería el del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales e internacionales, el cual encuentra su principal característica en la no vinculatoriedad de las decisiones proferidas debido a la ausencia de un tratado o vínculo jurídico entre ellas. Lo anterior genera como consecuencia que no exista conocimiento mutuo de dichas decisiones, así como la ausencia de argumentos que se intercambian. Podría decirse que, al carecer este fenómeno de estricta vinculatoriedad, su producción vendrá condicionada por una serie de causas diversas que se estudiarán en el segundo Capítulo.

En cuanto a nuestra valoración personal, se considera que la elaboración teórica de Slaughter, consistente en derivar una especie de diálogo de la Comunicación Transjudicial Horizontal, puede resultar imprecisa y dar lugar a confusiones, pues podría interpretarse que existe una interacción consciente entre las diversas Cortes locales y/o internacionales acerca de la jurisprudencia y doctrina que se está produciendo.

Por el contrario, con base en las posturas de Rosenkrantz, Hirschl, Nogueira, Acosta y Pocar, consideramos que en este segundo fenómeno no puede predicarse un verdadero diálogo entre Cortes, sino un uso voluntario de fuentes de derecho foráneo, que para nuestro objeto de estudio sería el de las doctrinas creadas por los jueces locales de distintos ordenamientos a través de su jurisprudencia.

No siendo una tarea fácil identificar el fenómeno de la “Comunicación Transjudicial” en cualquiera de sus formas, debe reconocerse que la obra de Slaughter fue pionera en su tiempo y evidenció con gran difusión, la transformación en la labor judicial durante el cambio de siglo. En parte, gracias a la dificultad para explicar este nuevo fenómeno en todas sus variantes, características y áreas del derecho diversas, distintos académicos comenzaron a elaborar nuevas teorías y metáforas que tendieron a lograr una unificación conceptual, como se explica en los siguientes acápite.

## **2. La obra de Slaughter abrió el camino para que otros doctrinantes comenzaran a estudiar y elaborar teorías que permitieran una comprensión más amplia del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales de distintos ordenamientos**

Como pudo anticiparse al final del acápite precedente, explicar y comprender cabalmente el fenómeno de la Comunicación Transjudicial Horizontal, siguiendo provisionalmente la tipología de Slaughter, podría presentar al menos dos dificultades. La primera sería su delimitación *conceptual*, es decir, cómo puede definirse este fenómeno y cuáles son sus principales características. La segunda, sería su delimitación *material*, esto es, qué puede llegar a abarcar dicho fenómeno.

Por ello, lo que se pretende dilucidarse en esta sección es cómo los distintos doctrinantes, la mayoría de ellos estudiosos del derecho comparado, lograron elaborar sus propias doctrinas, teorías y metáforas para explicar el uso de derecho foráneo, como categoría genérica, en los ordenamientos jurídicos modernos. Para lograr este propósito, el análisis que se hace es de tipo deductivo o estructural. Es decir, nos interesa en primer lugar, conocer y exponer el fenómeno con sus generalidades y evoluciones para luego hacer lo propio en relación con las Cortes Constitucionales en el Capítulo Segundo.

Hace parte de la primera dificultad mencionada (*conceptual*), entender que no toda la doctrina que ha estudiado este fenómeno utiliza la misma terminología para referirse a él. En este sentido se requiere de un esfuerzo analítico para poder reunir las distintas posturas o tesis doctrinales al respecto. De igual forma, en cuanto a la segunda dificultad (*material*), debe precisarse que el estudio del fenómeno es sumamente amplio y pueden presentarse distintas variantes de análisis, así como de áreas del derecho. Por ende, se intentará acotarlo hacia nuestro objeto de estudio, pero sin perder de vista insumos importantes que estén relacionados.

Hechas estas precisiones, debe destacarse que la obra de Slaughter abonó el terreno para que de manera generalizada se hablara de diálogo judicial y se evidenciara un nuevo fenómeno relacionado con la comunicación entre los distintos jueces y Cortes a nivel global, a pesar de no ser la pionera en tratar el tema.<sup>53</sup> Sin embargo, con posterioridad, distintos sectores doctrinarios trataron de fundamentar una teoría que pudiera explicar con mayor claridad y autonomía el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales. No debe perderse de vista

---

<sup>53</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 30; CANIVET; ANDENAS; FAIRGRIEVE. (Eds.). *Comparative Law Before Courts*. Londres. BIICL. 2004.

que al hacer alusión al “derecho foráneo”, no se excluyen las demás fuentes del derecho como sería en nuestro caso, las doctrinas jurisprudenciales creadas por las Cortes locales.

Se ha escogido esta categoría genérica de *uno voluntario de derecho foráneo* para abordar inicialmente nuestro objeto de estudio, dada la variedad de teorías y terminologías utilizadas para describir este fenómeno y que hacen parte de la dificultad conceptual mencionada. Como bien lo describe Graziadei, se utilizan diversos términos como los de “trasplantes”, “recepciones”, “influencias”, “inspiraciones” y “transferencias”. Incluso este autor describe el término de “fertilización cruzada” que concretamente se referiría al diálogo judicial y no al caso opuesto bajo examen.<sup>54</sup>

De igual modo lo confirma López Medina, quien ilustra diversas denominaciones para referirse al fenómeno a nivel global. Así, por ejemplo, en Francia suele conocerse como *circulación de soluciones o normas jurídicas* (“*circulation des solutions juridiques*”); en Alemania como “*recepción*” (“*rezeption*”); y en los sistemas anglosajones suele predominar el de “*trasplantes legales*” (“*legal transplants*”).<sup>55</sup>

Precisamente, entre los primeros doctrinantes en empezar a analizar este fenómeno de manera generalizada, y no específicamente para el caso de la actividad judicial y el derecho constitucional, estuvo Alan Watson con su obra *Legal Transplants* publicada a mediados de los años setenta.<sup>56</sup> Por eso Slaughter, en parte, reconoció que no era un asunto totalmente novedoso cuando propuso su tipología, a pesar de conseguir gran difusión.<sup>57</sup>

De igual forma lo considera Graziadei, quien expone como en 1970 la Academia Internacional de Derecho Comparado dedicó una sección importante de su Congreso a “The Global reception of foreign law” y cuatro años después de que éste se llevó a cabo, Alan Watson publicó su obra sobre los Trasplantes Legales. Posteriormente, y también dentro del derecho privado, le siguieron autores como Rodolfo Sacco con su obra “Le buts et les méthodes de la

---

<sup>54</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, en REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Segunda Edición. 2019. Págs. 442-443.

<sup>55</sup> LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, Óp. Cit. Págs. 120.

<sup>56</sup> A pesar de que la obra de Watson es mundialmente conocida, materialmente pueden hallarse antecedentes importantes de esta metáfora en el Congreso de Derecho Comparado de 1900 en París, al estudiar las consideraciones realizadas sobre este Derecho como ciencia jurídica y sus diversas funciones, elaborado y comentado por Saillies y Lambert. Sobre este punto se profundizará en el último acápite de este Capítulo.

<sup>57</sup> De igual forma lo afirma Ajani, quien sostiene que el fenómeno de “esparcir” e “imitar” las leyes o el derecho por todos los ordenamientos jurídicos no es nuevo. Lo que resulta novedoso es la tendencia actual de dichos ordenamientos de promover y aceptar el fenómeno. AJANI, G. *Legal Change and Economic performance: an assessment*, en BAKARDJEVA, A. NERGELIUS, J. *New Directions in Comparative Law*. Edward Elgar Publishing. 2009. Pág. 12.

comparaison du droit”; y críticos de esta teoría como Pierre Legrand con su obra “The impossibility of Legal Transplants”.<sup>58</sup>

Watson utilizó la metáfora del “trasplante” para describir el “movimiento de una regla o norma de un sistema jurídico de un país a otro, o de una persona a otra” sin que ellas fueran vinculantes.<sup>59</sup> Consideró que “no existía relación directa entre las leyes de un país y la sociedad a la que iban dirigidas”. Por ello, las leyes eran tomadas o trasplantadas sin tener en cuenta sus destinatarios. Esto fue probado por Watson mediante argumentos históricos, lo cual le permitió concluir que “la tarea principal del derecho comparado como disciplina jurídica era la de analizar las relaciones entre los distintos sistemas jurídicos”.<sup>60</sup>

En su obra pueden identificarse tres características generales sobre su teoría: a) los trasplantes legales o tomar “prestado” el derecho (denominado en inglés como el “borrowing”), “sería la forma más fructífera de generar cambios jurídicos en un determinado ordenamiento”; b) “el acto de trasplantar es generalmente muy simple”.<sup>61</sup> En cambio, “hacer una teoría sobre trasplantes o “borrowing” parece ser muy complejo”; y c) se resalta que “las recepciones jurídicas o legales pueden producirse en todas las formas y tamaños, y desde simples reglas hasta sistemas jurídicos completos”.<sup>62</sup>

Toohy, por su parte, afirma que el origen filosófico de la teoría de los trasplantes legales se encuentra en la obra “El espíritu de las leyes” (1748) de Montesquieu, donde se rechazó imposición de leyes de una nación a otra y, por el contrario, se defendió la idea de que éstas debían dirigirse a una sociedad determinada regida por características propias. Esta idea pudo servirle a Watson para criticarla al afirmar que “los trasplantes son una característica penetrante del desarrollo legal, y que poco importan las condiciones culturales de la sociedad para la cual determinada ley fue diseñada, sino su existencia misma”.<sup>63</sup>

La misma autora, al interpretar la teoría de Watson, pudo definirla como “(...) una subdisciplina del derecho comparado que trata de comprender y explicar el proceso mediante

---

<sup>58</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, en REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (Eds.). Óp. Cit. Págs. 442-443.

<sup>59</sup> WATSON, A. *Legal transplants*. Óp. Cit. Pág. 21.

<sup>60</sup> CAIRNS, J.W. *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, Georgia Journal of International and Comparative Law. Vol 41: 637-640 2013. Pág. 637. Disponible en: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol41/iss3/5>

<sup>61</sup> WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 44, No. 2, Oxford University Press (Spring, 1996), pp. 335- 351. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> TOOHEY, L. *Transplanted constitutionalism or transplanted constitution? Application of transplantation theory to constitutional reform*. The University of the South Pacific. Conference Papers No. 10. Port Vila, Vanuatu, 2005. Pág. 5.

el cual las leyes extranjeras podrían ser introducidas y asimiladas en un Estado y desde allí tomar raíz en el sistema legal de lo que podríamos llamar el Estado anfitrión”.<sup>64</sup>

A pesar de ser una teoría muy criticada, Watson logró ser uno de los primeros, globalmente conocido, en explicar cómo el derecho y sus instituciones se trasplantaban de un ordenamiento a otro sin ser vinculantes.<sup>65</sup> Si bien su trabajo se ubicó dentro del derecho privado comparado e historia del derecho, logró convertirse en una obra de referencia para los constitucionalistas y comparatistas de las últimas décadas del siglo pasado, que al estudiar la oleada de las nuevas Constituciones expedidas, así como la creación de los Tribunales Constitucionales en diversos países, comprendieron que era también su objeto de estudio.<sup>66</sup>

Entre los principales críticos de esta teoría se encuentra Pierre Legrand, quien negó la posibilidad de que los trasplantes pudieran realizarse, pues al igual que Montesquieu, concibe “la ley como un fenómeno cultural y particular de cada sociedad”.<sup>67</sup> Además, sostuvo que “esta teoría era superficial y carente de sistematización; que pretendía ser sociológica, pero que incluía más variables históricas que sociales; y que era reduccionista del derecho comparado, pues limitaba su objeto de estudio a los “préstamos” y “trasplantes” de instituciones legales de un sistema a otro”.<sup>68</sup>

Al respecto, Graziadei ha manifestado su desacuerdo con los argumentos de Legrand, ya que en últimas no prueban a cabalidad que el fenómeno de los trasplantes legales sea

---

<sup>64</sup> *Ibíd.*

<sup>65</sup> Existen otras motivaciones diversas a la coactividad del derecho que impulsan la producción de los trasplantes en términos de Watson, tales como “búsqueda de autoridad en un área del derecho determinada”, la “imposición y el prestigio”, “la oportunidad o necesidad”, “la eficacia esperada de la ley”, los “incentivos políticos, económicos y reputacionales de países y terceros”, “la extrema utilidad práctica”, y “la dificultad de tener claro un panorama”. Ver: WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. Óp. Cit. Pp. 335-341. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>; MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Óp. Cit. Pág. 261-276.

<sup>66</sup> Debe decirse que en esta época el interés entre los constitucionalistas comparatistas se extendió llegando a su máxima expansión, sin embargo, existen trabajos de finales de los años cincuenta que ya hacían derecho constitucional comparado sobre el uso de jurisprudencia foránea por parte de los jueces locales. Ver por ejemplo TRIPATHI, PK. *Foreign precedents and constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 319. De igual forma lo sostuvo De Vergottini: “El desarrollo de las relaciones transnacionales ha aumentado la difusión de las jurisprudencias, aunque la influencia de la jurisprudencia de un tribunal sobre los demás no es un hecho nuevo. Desde la Segunda Guerra Mundial, la transmisión de programas políticos se ha multiplicado; Al mismo tiempo, en el campo legal, se presenció la migración, es decir, la migración de ideas constitucionales”. DE VERGOTTINI. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit. Pág. 17. Por otro lado, Saunders afirma que la citación de precedentes y derecho foráneo en general se convirtió en un tema fundamental del derecho constitucional comparado. SAUNDERS, C. *Introduction, Symposium on Constitutional Borrowing*. Óp. Cit.

<sup>67</sup> LEGRAND, P. *The Impossibility of Legal Transplants*. Maastricht Journal of European and Comparative Law. ISSN 1023-263X, Vol. 4, N° 2, 1997. Págs. 111-124. De igual forma pueden verse las críticas de Toohey, en: TOOHEY, L. *Transplanted constitutionalism or transplanted constitution? Application of transplantation theory to constitutional reform*. Óp. Cit. Pág. 3; y las expuestas por CAIRNS, J. W. *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*. Óp. Cit. Pág. 637.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

irrealizable. No obstante, comparte su planteamiento de que, si llegasen a concretarse, éstos no podrían sobrevivir al cambio de contexto en el nuevo ordenamiento, lo que inevitablemente los llevaría a transformarse o cambiar, más no a la imposibilidad de que ocurran.<sup>69</sup>

En sentido similar a Legrand, Teubner afirma que los trasplantes no deberían llamarse así sino “irritantes legales” en la medida que el derecho local se produce de acuerdo con los contextos propios de cada país y al “trasplantarse” de un ordenamiento jurídico a otro, producen una “irritación” o alteración al ser imposible de “domesticarlos”. Su carácter foráneo siempre lo mantendrá, pues no puede adaptarse o familiarizarse con el lugar de llegada dados los contextos.<sup>70</sup>

Somma, por su lado, considera que “buena parte de los críticos de los trasplantes legales aciertan en sostener que la misma apunta a un hecho irreal, esto es, que los modelos jurídicos poseen un patrimonio hermenéutico que puede ser importarse o trasplantarse sin alteraciones”.<sup>71</sup> En su lugar, considera que “las ideas y modelos jurídicos que se esparcen por el mundo tienden necesariamente a mutar o cambiar en su lugar de llegada y que, si bien puede haber influencias, no podría hablarse una copia exacta de una institución jurídica”.<sup>72</sup>

Otro autor que precede a Slaughter y que se dio a conocer globalmente con posterioridad a Watson, es Patrick Glenn. Éste estudia el fenómeno del uso de derecho foráneo en el caso particular de las Cortes y se refiere a él utilizando el término de “búsqueda de autoridad persuasiva”, la cual define como “una fuerza que atrae en oposición a obligar”.<sup>73</sup> Según Glenn, esta “autoridad persuasiva” es usada por los jueces para justificar la incorporación de derecho foráneo no vinculante en su jurisprudencia y resolver los casos.<sup>74</sup>

Por otro lado, Graziadei explica que “posiblemente debido al rápido crecimiento e interés por el estudio en los denominados *trasplantes legales* y en las diferentes *recepciones*

---

<sup>69</sup> Este último punto que señala Graziadei, que también lo considera Somma, es muy importante para lo que se tratará en el tercer acápite de este Capítulo, sobre la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales que expone Choudhry, la cual, esencialmente, se encarga de estudiar los cambios, transformaciones o evoluciones que las ideas tienen al migrar de un ordenamiento jurídico a otro. No es casualidad que tanto la obra de Graziadei, como la de Choudhry, se hayan publicado el mismo año y propongan argumentos similares respecto a los planteamientos iniciales de Watson. GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 465-467.

<sup>70</sup> TEUBNER, G. *Legal irritans: good faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences*. 61 Mod. Law Review. 1998. Pág. 12.

<sup>71</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 133-135.

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> GLENN, P. *Persuasive Authority*. Óp. Cit. Pág. 261.

<sup>74</sup> *Ibíd.* Slaughter toma esta tesis de Glenn para describir una de las causas de la Comunicación Transjudicial, la cual será retomada con posterioridad por buena parte de la doctrina contemporánea que estudia el fenómeno del uso de derecho foráneo en sede judicial como se estudia más adelante.

del derecho en todo el mundo, la variedad de términos y teorías utilizadas por parte de la doctrina podrían llegar a generar cierto grado de incertidumbre sobre la materia, lo que entre otras cosas, justificaría una delimitación teórica y conceptual para estudiar el fenómeno”.<sup>75</sup> En virtud de lo anterior, a continuación se expondrán algunos de los términos más difundidos y utilizados por parte de la doctrina constitucional comparada.

De Vergottini, por ejemplo, ha sido uno de los principales exponentes de este fenómeno en el derecho constitucional comparado reciente, y parte de la consideración de que “existe un lugar común difuso entre las Cortes, pero científicamente discutible”.<sup>76</sup> Este es el del diálogo entre las Cortes y el recurso a la comparación jurídica. Agrega que “en los últimos años ha habido un incremento de la citación de derecho extranjero o foráneo y el uso de la comparación jurídica por parte de las Cortes locales”.<sup>77</sup>

Distingue ambos fenómenos, pues en el primero puede existir o no, un diálogo judicial propiamente dicho; mientras que, en el segundo, se usa el método de la comparación jurídica. De Vergottini también distingue el uso de derecho foráneo, “como una cita aislada de un caso o fuente del derecho, del derecho comparado, como el uso del método específico donde se analiza el contexto fáctico, jurídico y las condiciones en las que se produce el derecho”.<sup>78</sup>

El mismo autor afirma que el término de “diálogo judicial fue acuñado inicialmente para referirse a la acción de un juez local que importaba derecho de un juez foráneo”.<sup>79</sup> Sin embargo, con posterioridad surgieron debates y distintas teorías para examinar si este término era correcto para describir el fenómeno como se explicó en los acápites precedentes. Sostiene que “en la actualidad se han superado las visiones opuestas a este fenómeno como la del originalismo, predominante en EE. UU., y universalismo o aperturismo”.<sup>80</sup>

En sentido similar, Tushnet, considerado como uno de los pioneros de este tema dentro del derecho constitucional comparado, usó inicialmente el término de “constitutional borrowing” (llamado a su vez como “lending”) para referirse a la incorporación de derecho foráneo no vinculante por parte de los Estados y las Cortes Constitucionales. Examinó el caso norteamericano y afirmó que en su país “existe más interés por exportar doctrinas que

---

<sup>75</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 443-444.

<sup>76</sup> DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit. Págs. 9-10.

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> *Ibíd.*

<sup>80</sup> *Ibíd.*



incorporarlas o copiarlas de otros lados”.<sup>81</sup> Según él, es probable que “el interés por este fenómeno en el derecho constitucional comparado haya surgido de la extinción de la URSS y la posterior creación de nuevos Estados democráticos”.<sup>82</sup>

Jackson, por su parte, ha llamado a esta práctica el “Constitutional Engagement” para referirse al compromiso de las Cortes con el derecho foráneo como una forma particular de utilizar el derecho constitucional comparado en sus decisiones. Afirma que este fenómeno ha cambiado e incidido en la forma como se interpretan las Constituciones y la labor de los jueces al momento de resolver sus casos.<sup>83</sup>

Alder en su momento también habló de “borrowing” para referirse al fenómeno descrito y lo definió como “(...) una provisión constitucional, doctrina, estructura, norma o institución, que ha tenido éxito un determinado ordenamiento y es adoptada por otro donde también tiene éxito. A su vez, que es tomada por el segundo ordenamiento por su exitoso desempeño en el primero, y no de manera casual”.<sup>84</sup>

Para este autor, cualquier idea podría migrar o tomarse “prestada, desde una parte pequeña de la Constitución, así como una sentencia o doctrina que la intérprete, hasta todo un régimen jurídico”.<sup>85</sup> El criterio imperante en la posible migración sería para este autor, el éxito o funcionalidad que haya tenido una idea en un determinado ordenamiento, lo cual compartimos pues jugaría un papel esencial al momento de escoger una u otra doctrina. También funcionaría como un criterio negativo para no escogerla.<sup>86</sup>

Sarra sostiene que, resulta determinante comprender que “todo el derecho podría llegar a transferirse en *ideas* de un lugar a otro”, aceptando la existencia y aplicabilidad de este fenómeno. Al referirse a su aplicación en sede judicial, utiliza el término de “circolazione della giurisprudenza”.<sup>87</sup> Epstein y Knight, por su parte, reconocen la existencia y aplicabilidad de este fenómeno y exponen que “puede presentarse de diversas formas: bien sea por parte de los jueces quienes toman en cuenta para sus fallos importantes decisiones de otras latitudes, o por

---

<sup>81</sup> TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> JACKSON, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press. Oxford. 2010.

<sup>84</sup> ADLER, M, D. *Can constitutional borrowing be justified? A comment on Tushnet*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 1998/10/01, Vol: 1, Pág. 350.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*, Óp. Cit. Pág. 490.

doctrinantes quienes hacen estudios comparados, llegando incluso los mismos ciudadanos interesados”.<sup>88</sup>

Osiatynski considera que “las ideas constitucionales son limitadas y que por ello la gran mayoría ya han migrado por el mundo”.<sup>89</sup> Sitúa el origen del fenómeno en la redacción de las distintas Constituciones a nivel global, pues es en ese momento donde sus redactores buscan en otros ordenamientos, las ideas, instituciones y soluciones a sus problemas internos que probablemente ya han sido resueltos o regulados en otras latitudes.<sup>90</sup>

Para este autor, los actores del fenómeno serían principalmente dos: por un lado, los abogados, académicos y jueces que piensan y estudian las instituciones jurídicas, llamados “los mensajeros”; y por el otro y los que escriben y redactan las Constituciones y las normas, llamados “los recipientes”.<sup>91</sup> Esta postura también se puede apreciar en Hasebe quien reconoce el fenómeno y expone su aplicación en el diseño de la Constitución japonesa de 1946.<sup>92</sup>

Por otro lado, Rosenkrantz, quien inicialmente usó el concepto de “borrowing”, aclaró que este se usa como una expresión común para referirse a varios fenómenos y puede ser definida como “la decisión de utilizar derecho foráneo, basado, al menos en parte, en la autoridad que tiene dicho derecho en una jurisdicción extranjera”.<sup>93</sup> De igual forma, Davis, quien habló inicialmente de “constitutional borrowing”, señaló que “entre más cercanía o semejanza haya entre una Constitución local y una extranjera, mayor será el uso de jurisprudencia foránea por parte de las Cortes”.<sup>94</sup>

Lane Scheppelle, partió de que la metáfora mejor utilizada hasta el momento había sido la de “legal transplants” creada por Watson. Sin embargo, ésta debió replantearse en su momento dentro del derecho constitucional comparado y modificarse hacia el “constitutional borrowing”. Lane fue uno de los primeros críticos de esta segunda metáfora, e impulsó, junto con Choudhry, la de “migration of constitutional ideas” como se verá en el siguiente acápite.

---

<sup>88</sup> EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. *Constitutional borrowing and non-borrowing*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 196–223.

<sup>89</sup> OSIATYŃSKI, W. *Paradoxes of constitutional borrowing*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 244–268.

<sup>90</sup> Ibid.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> HASEBE, Y. *Constitutional borrowing and political theory*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 224–243.

<sup>93</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 269–295.

<sup>94</sup> DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 181–195.

Sus críticas se basaron en que “*tomar prestado* presupone, al menos, un reconocimiento de propiedad de las ideas e instituciones jurídicas; pedir permiso para tomarlas; un límite temporal del préstamo, así como su devolución”.<sup>95</sup> Sin embargo, el “*borrowing* no se rige por estas reglas, pues en la realidad los préstamos se hacen sin permiso, sin límite temporal y muchas veces sin el reconocimiento del autor de la idea”.<sup>96</sup>

Ludwikowski fue uno de los primeros autores en replantear las metáforas que se venían utilizando para explicar el fenómeno del uso de derecho foráneo. En su lugar propuso la de “constitutional gardening” en oposición a otras como las de “constitutional engineering” y “surgical transplanting”. Su argumento se centraba en que “tanto los ingenieros como los médicos, tienen una labor de precisión”.<sup>97</sup> Por el contrario, “los jardineros toman semillas de diferentes plantas y las siembran en la tierra esperando ver cuál sería el resultado”.<sup>98</sup>

Rolla y Ceccherini, por su parte, dan plena validez al fenómeno y se refieren a él como “circolazione di esperienze costituzionali” donde distinguen tres variantes de aplicación.<sup>99</sup> La primera es denominada como “la exportación”, y se presenta cuando una idea o concepto constitucional, nace y por su misma importancia comienza a exportarse por todo el mundo por su fuerza universalizante, como lo fue el concepto de Estado de Derecho. En segundo lugar, se encuentra “la imposición”, que ocurre por la desfiguración del concepto de poder constituyente que se legitima de hecho y logra expedir una nueva Constitución donde se imponen teorías y conceptos jurídicos de otros ordenamientos.<sup>100</sup>

Distinguen el “fenómeno de la circulación propiamente dicho”, el cual no se fundamenta tanto en la ideología o política de un concepto, pero sí en su eficacia o éxito. Para estos autores, si un concepto, procedimiento o institución funciona en un ordenamiento jurídico, tenderá a circular por otros. Esto aplica también para las soluciones que los

---

<sup>95</sup> La idea de “borrowing” según Lane ha sido entendida como “copiar textos de las Constituciones de un lado a otro”. Sin embargo, en su momento prefirió llamarle “cross-constitutional influence”, pues se engloban las influencias directas e indirectas, así como los aspectos negativos. LANE SCHEPPELE, K. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 297.

<sup>96</sup> *Ibíd.*

<sup>97</sup> LUDWIKOWSKI, R. “*Mixed Constitutions*” – Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot, 16. B.U. INT’L. L.J.1, 64. (1998). LUDWIKOWSKI, R. *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies, In Constitutional Cultures* 37. Mirosław Wyrzykowski Ed. ISP 2001.

<sup>98</sup> *Ibíd.*

<sup>99</sup> ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 18.

<sup>100</sup> *Ibíd.* Pág. 19.

ordenamientos y sus órganos dan a los problemas jurídicos, como ocurre en sede judicial por parte de las Altas Cortes, por lo que se puede hablar de “circulación jurisprudencial”.<sup>101</sup>

Recientemente, Hirschl ha utilizado el término de “diálogo constitucional global” para referirse a cómo las ideas constitucionales que se han esparcido de un lugar a otro han logrado “polinizar” distintos ordenamientos jurídicos donde dichas ideas han “florecido” o se han asentado. Precisa que “cualquier idea puede migrar, bien sea la estructura constitucional, la arquitectura misma de un sistema constitucional y sus órganos; los métodos y las técnicas constitucionales de interpretación y análisis; la jurisprudencia comparativa y los precedentes en general”.<sup>102</sup>

A modo de síntesis, este fenómeno también ha sido descrito e identificado por Graziadei como “circulación de modelos legales”<sup>103</sup>; Dupré como “importación de derecho constitucional”<sup>104</sup>; “imitation” por Sacco<sup>105</sup>; “legal borrowing” por Orucu<sup>106</sup>; Friedman y Saunders también han utilizado el término de “constitutional borrowing”<sup>107</sup>; Groppi y Ponthoreau el de “horizontal judicial dialogue”<sup>108</sup>; Rosenkrantz le llama “el uso autoritativo de normas más allá de las fronteras”<sup>109</sup>; Scheppele el de “cross constitutional influence”<sup>110</sup>; Camerlengo utiliza la acepción de “cosmopolitan constitutional law”<sup>111</sup>; Wood la de

---

<sup>101</sup> Para esta última variante, los autores traen como ejemplo el principio de proporcionalidad como instrumento interpretativo para resolver los casos, el cual se encuentra difundido en casi todos los ordenamientos jurídicos. *Ibíd.* Págs. 20-24.

<sup>102</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. *Óp. Cit.* Págs. 547.

<sup>103</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, *Óp. Cit.* Págs. 443-444.

<sup>104</sup> DUPRÉ, C. *The importation of Law. A new perspective and the Hungarian Constitutional Court*, in HARDING, A. ORUCU, E. (Eds.) *Comparative Law in the 21st Century*. Kluwer Law International. 2002. Pág. 267.

<sup>105</sup> SACCO, R. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law* (II) 39 *Am J. Comp. L* (1991) p. 398), citado por MOSQUERA, I. *Óp. Cit. Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Pág. 265.

<sup>106</sup> ÖRÜCÜ, E., “*Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24-26th 2002. p. 9; ÖRÜCÜ, E., “*Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*”, *Electronic Journal of Comparative Law*, citado por *Ibíd.* Pág. 266.

<sup>107</sup> FRIEDMAN, B. SAUNDERS, C (Eds). *Introduction, Symposium on Constitutional Borrowing*. *International Journal of Constitutional Law*. 2003. Págs. 177-180.

<sup>108</sup> GROPPi, T. PONTHEOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. *Hart Studies in Comparative Public Law*. 2013.

<sup>109</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. *Óp. Cit.* Págs. 285.

<sup>110</sup> SCHEPPELE, K. *Aspirational and Aversive Constitutionalism: The case for studying Cross-Constitutional Influence through Negative Models*. *Óp. Cit.* Pág. 296.

<sup>111</sup> CAMERLENGO, Q. *Dialogue among Courts. Towards a Cosmopolitan Constitutional Law*. Pavia University Press. Editoriale Scientifica. 2012.

“transjudicialism”<sup>112</sup>; Pierdominici el de “transnational judicial conversations”;<sup>113</sup> Bryde se refiere a él como “constitutional dialogue”<sup>114</sup>; Buxbaum usa el término de “judicial globalism”<sup>115</sup>; Tawfik el de “globalisation of national courts”<sup>116</sup>; Pegoraro el de “legal tourism”;<sup>117</sup> así como otros tantos autores que han dado su propia interpretación al respecto, pero recogiendo esencialmente el mismo argumento.<sup>118</sup>

## 2.1 Conclusión y valoración personal

Al igual que en el acápite anterior, a continuación, quisiéramos destacar dos ideas centrales a modo de conclusión, así como nuestra valoración personal al respecto. La primera de ellas hace alusión a que la obra de Slaughter tuvo una influencia directa, pero no absoluta, sobre los distintos constitucionalistas y comparatistas que luego comenzaron a investigar y analizar el fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de los ordenamientos jurídicos, y particularmente, por parte de las Cortes locales o nacionales.

Se sostiene que fue una influencia directa, ya que en buena parte de los trabajos académicos expuestos y examinados en los anteriores acápites, se encuentran citas y comentarios expuestos a la obra de Slaughter para referirse a los inicios del estudio de este fenómeno. Lo anterior sería al menos indicativo de esta influencia, pero sin llegar a afirmar que fue la única. Debe recordarse que este fenómeno comenzó a estudiarse con mucha anterioridad, sólo que los aportes de Slaughter, sumado al momento en el cual fueron producidos, lograron tener una difusión a nivel global.

---

<sup>112</sup> WOOD, DS. *In defence of transjudicialism*. 44 *Duquesne Law Review* 93. 2004.

<sup>113</sup> PIERDOMINICI, L. *The Supreme Court of Israel and the use of Comparative Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019. Págs. 853-871.

<sup>114</sup> BRYDE, B. *The Constitutional judge and the international constitutional dialogue*. 80 *Tulane Law Review* 203. 2005. Págs. 213-214.

<sup>115</sup> BUXBAUM, HL. *From empire to globalization... and back? A post-colonial view of transjudicialism*. 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Págs. 185-187.

<sup>116</sup> TAWFIK, MJ. *No longer in splendid isolation: The globalization of National Courts and the internationalization of intellectual property*. 32 *Queens Law Review*. 2007. Pág. 575.

<sup>117</sup> PEGORARO, L. *Ruolo della dottrina, comparazione e “legal tourism”*. *Diálogos de saberes*. No. 43. Julio-diciembre 2015. Págs. 219-236.

<sup>118</sup> DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. *Óp. Cit.*; HABERLE, P. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin, Duncker & Humblot GmbH. 1992; PEGORARO, L. *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: un’analisi comparatistica*. CLUEB. Bolonia. 2007; ZAGREBELSKY, G. *Corti costituzionali e diritti universali*. *Rivista trimestrale di diritto pubblico* No. 297. 2006; PONTTHOREAU, Marie Claire. *Le recours à l’argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F. (Ed) *L’interprétation constitutionnelle*. Dalloz, Paris. 2005. Pág. 168; CHOUDHRY, S. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*. *Indiana Law Journal* No. 74. 1999. Pág. 819-834; BOTHA, H. *Comparative law and constitutional adjudication*. *Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart* No. 55. 2007. Pág. 335; MARKESINIS, B; FEDTKE, J. *The judge as comparatist*. *Tulane Law Review* No. 80. 2005. Pág. 11.

De igual forma, tal y como fue expuesto en este acápite, existen autores como De Vergottini, quien citando el trabajo de Tripathi, sostiene que luego de la Segunda Guerra Mundial empezaron a realizarse los primeros trabajos académicos sobre el uso de derecho y jurisprudencia foránea por parte de los jueces locales a nivel global, lo que entre otras cosas demuestra que el origen de este fenómeno se sitúa mucho antes del cambio de siglo que suele citar la doctrina mayoritaria.

En el mismo sentido lo sostiene Hirschl, ubicando a Tripathi como pionero en el tema: “[e]n 1957, el erudito indio Pradyumna K. Tripathi astutamente observó (en un artículo publicado en la prestigiosa *Columbia Law Review*) que, a mediados del Siglo XX, el punto principal de las referencias foráneas había pasado del Reino Unido a los Estados Unidos, e incluso a antiguas colonias británicas como Australia, Canadá e India”.<sup>119</sup>

El anterior argumento también puede ser utilizado para calificar el aporte de la obra de Watson, expedida con bastante anterioridad al de Slaughter, pero con un enfoque, metodología y objeto de estudio distinto. La tesis de los trasplantes legales y la metáfora utilizada para explicarlos influyeron en los diversos autores al momento de elaborar sus propias teorías al respecto. La prueba de ello está en que casi todos utilizan también alguna metáfora al “estilo Watson” y materialmente reconocen y replican su postura redirigida en el derecho constitucional comparado como ya se mencionó y soportará aún más en el siguiente acápite.

Dicho lo anterior, la segunda idea a destacar tiene que ver con los trabajos posteriores al de Slaughter, que lograron expandir aún más el interés por el estudio del fenómeno. Entre ellos se resaltan los de Tushnet y Jackson quienes empezaron a acuñar los primeros términos o metáforas para su comprensión dentro del derecho constitucional y ello permitió una mayor difusión. A su vez, resultan importantes los aportes posteriores de Ludwikowski y Lane Scheppelle, quienes, una vez expandido el interés por su estudio, sostuvieron posturas críticas y propusieron un cambio en las metáforas utilizadas y la búsqueda por encontrar alguna que fuera común a todas las propuestas como se explicará en el siguiente acápite.

En cuanto a nuestra valoración frente a lo expuesto, se considera que los trabajos de Watson, Glenn y Slaughter pudieron haber sentado las bases a nivel global, o al menos de una forma generalizada, para las futuras investigaciones que se desarrollarían en el campo del uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales. Debe reconocerse a su vez que, en cada país

---

<sup>119</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 550.

y continente se desarrollaron importantes aportes para el estudio de este fenómeno como se ha ilustrado, sin embargo, la mayoría de ellos fueron posteriores a los de estos tres autores mencionados y con un impacto menos extendido o regional.

Estos hechos nos permiten comprender que, en la actualidad, y contrario a lo que afirmaron Montesquieu y Legrand, el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales se constituye como un fenómeno real; mayormente aceptado por la doctrina; y con plena aplicabilidad global. Situación distinta, como se explicará más adelante es este Capítulo, son las críticas que se han efectuado sobre su legitimidad y formas de materialización.

En este orden de ideas, se ha podido evidenciar que la comprensión de este fenómeno puede traer al menos dos dificultades iniciales: una de carácter conceptual que hace alusión a cómo los distintos autores lo definen y utilizan diversas metáforas para su comprensión, lo que daría lugar a tantas metáforas y explicaciones como autores existan; y otra de carácter material, que indicaría lo que puede llegar a ser su objeto de estudio. Por lo expuesto hasta el momento, el objeto de análisis podría ir desde el diseño de una Constitución o su reforma, hasta la aplicación de una simple regla en un fallo judicial, por lo que su delimitación termina siendo casi que imprescindible.

Lo anterior nos condujo a tomar dos decisiones en nuestra investigación como se explicó en la introducción general de este trabajo. La primera, escoger una teoría de todas las existentes para lograr la comprensión y posterior explicación del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales, para luego centrar el análisis en el caso de la Corte Constitucional colombiana; y la segunda, limitar el análisis material del fenómeno a un aspecto particular como lo sería el uso de *doctrinas jurisprudenciales foráneas*.

### **3. La teoría de la Migración de Ideas Constitucionales permite estudiar y analizar el uso de doctrinas jurisprudenciales foráneas por parte de las Cortes locales**

El presente acápite tiene por objeto presentar nuestra elección por la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, -en adelante, teoría de la MIC-, entre las tantas teorías existentes que intentan explicar el uso de derecho foráneo por parte de los ordenamientos jurídicos, y concretamente por las Cortes Constitucionales locales. Tal y como se ilustró en el acápite anterior, las dificultades de tipo *conceptual* y *material* hacen necesaria la escogencia de un marco teórico de análisis, así como la delimitación del objeto de estudio.

En virtud de lo anterior, y como se expondrá en este acápite, para vencer la primera dificultad se ha escogido la teoría de la MIC por considerar que supera las deficiencias

planteadas respecto de las teorías precedentes que partieron de los estudios iniciales como los de Watson, Glenn y Slaughter. Adicionalmente, porque esta teoría se centra en analizar las transformaciones o cambios que una “idea constitucional” pudo tener al “migrar” de un ordenamiento jurídico a otro, así como sus efectos en el lugar de llegada.

Respecto a la dificultad material, recuérdese que el mencionado fenómeno puede ser estudiado bajo el término genérico de “uso derecho foráneo”. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dentro del derecho es posible examinar el uso de todas sus fuentes, verbigracia, las Constituciones, leyes, la jurisprudencia, costumbre, los principios y las doctrinas. Una vez más, se precisa que nuestro propósito es analizar aquellas doctrinas que han sido creadas por jueces foráneos, y que luego se incorporaron en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

En este orden de ideas, entre todas las teorías y metáforas que se han desarrollado, surgió una llamada “The Migration of Constitutional Ideas” en el seno de una publicación colectiva editada por Choudhry, donde se planteó una nueva teorización partiendo desde la obra Watson, y pasando por las demás teorías y metáforas utilizadas en las distintas ramas del derecho, hasta llegar a las del derecho constitucional comparado.

Según da cuenta el autor, el objetivo consistió en exponer las posibles falencias que tenían las teorías y metáforas precedentes para luego construir un concepto más integral que permitiera abarcar todos los fenómenos de uso de derecho foráneo y no sólo aquellos que se “trasplantan” (transplants), “imitan” (imitation) o se “toman prestados” (borrowing), por utilizar algunos de los términos más conocidos y difundidos hasta el momento.<sup>120</sup>

Choudhry coincide con que Legrand, uno de los principales críticos de la teoría de los trasplantes legales, “logró demostrar que la metáfora de Watson era inepta para explicar el fenómeno porque se basaba en un entendimiento subjetivo del concepto de reglas”.<sup>121</sup> Sin embargo, agrega que “esta no es una razón de fondo para abandonar las metáforas, pues como lo apunta Scheppele, éstas ayudan a darle forma al entendimiento de los fenómenos sí se encuentran las indicadas”.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> La obra principal donde se puede encontrar esta teoría, así como sus planteamientos más importantes es: CHOUDHRY, S. *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, en CHOUDHRY, Sujit (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit.

<sup>121</sup> CHOUDHRY, S. *Ibíd.* Pág. 19.

<sup>122</sup> CHOUDHRY, S. *Ibíd.* Pág. 19.



Explica Choudhry que en el derecho constitucional comparado los trasplantes legales mutaron inicialmente hacia el término de “constitutional borrowing”<sup>123</sup>, también usado por otros autores en diversas áreas del derecho simplemente como “borrowing”. Sin embargo, en el año 2003, en el desarrollo del simposio organizado por el “International Journal of Constitutional Law”, teóricos reconocidos del derecho constitucional comparado coincidieron en abandonar esta metáfora y acoger la de “migración de ideas”.<sup>124</sup>

Se llegó al consenso de que la metáfora del “borrowing” resultaba imprecisa para describir el fenómeno completo de los distintos ordenamientos jurídicos utilizando derecho foráneo y adoptando modelos y normas de otros sistemas jurídicos como propios y con distintas finalidades. Entre ellas, para decidir o darles mayor soporte argumentativo a los casos judiciales en tratándose de las Cortes Constitucionales.<sup>125</sup>

El hecho de “tomar prestado” (borrowing) resultaba ilegítimo e imposible, porque si algo era prestado, quería decir que no era propio (tenía un dueño) y que, además, sería devuelto. En efecto, el derecho y sus fuentes no son susceptibles de que esto ocurra. Igualmente, este término denotaba una especie de control por parte del sistema emisor (o “propietario de la idea”) sobre el receptor (o “quien la tomó prestada”). Por ello el consenso tendió hacia el uso de la acepción “migration of constitutional ideas” para integrar todo lo que podía suceder, sin quedarse en el fenómeno del “trasplante” o del “préstamo”.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Esta afirmación, es a su vez sustentada en la actualidad por Pegoraro y Ferrari, por ejemplo, quienes reconocen que fueron los académicos del derecho privado quienes comenzaron a realizar derecho comparado y a utilizar las metáforas. Luego pasó al terreno de los constitucionalistas. A modo de ejemplo, ver: FERRARI, G (Ed.). *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Pág. 7; FERRARI, G.F; GAMBARO, A. (Eds.) *Corti Nazionali e Comparazione giuridica*. Esi, Napoli, 2006; PEGORARO, L. Óp.Cit. *Judges and Professors: the influence of foreign scholarship on constitutional Courts decisions*. Págs. 329-330; DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra Corti. Il mulino*. Óp. Cit.; MAUS, D. *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*. Revista Francesa de Derecho Constitucional No. 80. 2009/4; PONTTHOREAU, M. *La reconnaissance des droits non écrits par le cours constitutionnelles italienne et français. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Economica. París. 1994.

<sup>124</sup> Los artículos presentados y publicados en el primer volumen de esta Revista sobre este objeto fueron los siguientes: DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit. Págs. 181–195; EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. *Constitutional borrowing and non borrowing*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 196–223; HASEBE, Y. *Constitutional borrowing and political theory*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 224–243; OSIATYŃSKI, W. *Paradoxes of constitutional borrowing*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 244–268; ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 269–295; LANE SCHEPPELE, K. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003, Págs. 296–324.

<sup>125</sup> CHOUDHRY, Sujit. Óp. Cit. Pág. 20.

<sup>126</sup> A Pesar de ser una teoría nacida en entre el 2003 y 2006, estudiosos constitucionalistas del derecho comparado parecen haberla aceptado con posterioridad. Ver por ejemplo la obra de De Vergottini, la cual recoge el fenómeno macro del uso derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales, así como el del diálogo judicial

Asimismo, se consideró que el uso de términos como el de “cross fertilization”, “transplants” y “borrowing” no eran apropiados para describir el fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de los distintos ordenamientos jurídicos pues no aportan mucho al estudio sobre el país receptor o emisor, así como tampoco sobre las circunstancias en que estas ideas se transfieren. En cambio, la “migración de ideas” es un término donde en últimas hay viabilidad para estudiar cualquier fenómeno o sus variantes.

De la obra colectiva “Migration of Constitutional Ideas”, Choudhry recoge y destaca varios argumentos sobre esta nueva metáfora, que nos permiten tomarla como referencia para nuestro trabajo de investigación y con los cuáles estamos de acuerdo cómo será mayormente justificado en la valoración personal de este acápite. Estos son los siguientes:

“(1) la nueva metáfora envuelve las transferencias de ideas constitucionales entre los distintos actores legales, sin denotar que es una idea prestada que regresaría a su dueño, y, además, resaltando que éste no tiene control sobre el sistema jurídico que la usa;

(2) la migración de ideas constitucionales puede ocurrir sin que el sistema fuente se dé cuenta o incluso autorice la migración, por lo que tampoco se necesita ningún tipo de reciprocidad entre ellos como sí ocurre en el denominado “diálogo judicial”;

(3) en la migración de la idea, esta puede cambiar, adaptarse y transformarse en una mediana o totalmente distinta a como fue concebida. Por ello no puede predicarse una “imitación”, un “trasplante” o un “borrowing” de la misma;

(4) la nueva metáfora permite describir los fenómenos del “ajuste” y la “adaptación” de las ideas constitucionales cuando llegan a un nuevo lugar. Es decir, las ideas originarias no siempre permanecerán fieles a su origen, sino que pueden variar y sufrir cambios para adaptarse a su lugar de destino;

(5) la esencia del proceso de la migración de una idea es cambiar o transformar aquello que migra. De lo contrario, se incurriría en los fenómenos del trasplante, la imitación o el borrowing donde eventualmente podría predicarse una estaticidad de la idea;

(6) por último, la metáfora de la migración permite analizar una eventual comunicación o relación con el sistema jurídico del país de donde emigró la idea para analizar las diferencias o cambios en las ideas que migraron. Por el contrario, en las demás teorías, las ideas deberían

---

propriamente dicho. DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit.

ser siempre las mismas y permanecer inmutables lo que en la realidad puede ser poco probable que se concrete”.<sup>127</sup>

En este punto debe precisarse que, la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales intenta explicar un fenómeno que esencialmente es estudiado por constitucionalistas comparatistas que indagan cómo una idea “migró” de un lugar a otro y cuáles serían sus efectos o transformaciones en el punto de llegada. Situación medianamente distinta, y que suele confundirse con este fenómeno porque también es objeto de estudio de los comparatistas, es el uso del método del derecho comparado por parte de los jueces para dar mayor soporte argumentativo o resolver sus casos. Si bien ambos tienen puntos en común, nuestro trabajo se concentra sobre el fenómeno y no sobre el método.

Como se profundizará en el último acápite de este Capítulo, un punto en común se concreta en que, a través del método de derecho comparado, una idea constitucional foránea podría “migrar” y lograr incorporarse en un ordenamiento jurídico determinado. Sin embargo, este método implica, a grandes rasgos, un análisis de los contextos jurídicos, culturales y políticos de los sistemas y/o instituciones del derecho que se comparan, con la finalidad de extender o aplicar la solución a un problema, en este evento, en sede judicial. Regularmente los jueces no aplican con rigurosidad este método, sino que realizan citaciones aisladas de derecho extranjero.<sup>128</sup>

En todo caso, el método del derecho comparado puede ser utilizado como un vehículo o medio para llegar a materializar el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales, pero no podría reducirse o equipararse al mismo, pues este fenómeno podría incluso prescindir de él para su materialización. Esto último se explica, dados los diversos medios que puede tener una idea para migrar e incorporarse en un ordenamiento jurídico particular, y luego tener éxito en transformarse o desarrollarse internamente.

Asimismo, resulta importante precisar que, no debe equipararse el uso aislado de derecho foráneo por parte de una Corte Constitucional local, con la materialización del

---

<sup>127</sup> Estos seis planteamientos o argumentos pueden encontrarse en CHOUDHRY, S. *The Migration of Constitutional Ideas*. Óp. Cit. Pág. 21-22.

<sup>128</sup> Sobre este punto ver: GROUPI, T., PONTHEOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Pág. 422-423; SMORTO, G. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en Eur. dir. pri., 2010, 1, Pág. 228-229; BELLINI, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en Ricerche Giuridiche, 2012, 1, Pág. 138; RIVIECCIO, D. *L'uso giurisprudenziale della comparazione in ambito civilistico*, en Ricerche Giuridiche, 2012, 1, Pág. 150; ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè, Milano, 2006; NUCERA, C.G. *L'influence du précédent étranger sur le juge national*, en Dir. Imp. Europa, 2009, 1, pág. 32-40; PETRONE, E. *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana degli anni 50 ad oggi*, en, Contr. Impr. Europa, 1, 2010. Págs. 184-201.

fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales. En el primer evento, podría haber un empleo singular de una o varias fuentes de derecho foráneas a las que se les otorga una función puntual en un caso en concreto. En el segundo, por el contrario, la incorporación y posterior transformación de una o varias ideas, fuentes o doctrinas jurídicas foráneas, a través de la jurisprudencia local.

No obstante, esta diferenciación, resulta cierto que la puesta en marcha del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales parte necesariamente del uso de derecho foráneo como categoría genérica, por lo que podría establecerse una relación de codependencia. Al parecer, una cita aislada, o inclusive reiterada, no sería más que el uso particular o reiterativo de derecho foráneo. Por ello, la distinción entre uno y otro dependerá del análisis que se realice sobre la fuente jurídica foránea que pudo haber migrado a un ordenamiento jurídico particular, y que luego de su incorporación en el ámbito jurisprudencial, pudo sufrir un desarrollo o evolución y posterior aplicación.

Esta tesis de la migración de ideas puede encontrarse en varios autores. En Somma, quien siguiendo a Gambaro y a Sacco, advierte cómo la idea de que el derecho “muta desde siempre y que lo hace innecesariamente” ya se había expresado.<sup>129</sup> Somma dice que, “si la experiencia que se importa es voluntaria, seguramente madurará y se transformará con el propósito de adaptar soluciones en el ámbito local”.<sup>130</sup>

Por otro lado, De Vergottini, por ejemplo, es uno de los autores que recientemente ha validado la tesis de la migración de ideas constitucionales para referirse a ella como “la transferencia, recepción de ideas y valores jurídicos de un lado del mundo al otro”, pero subraya, que no es un fenómeno nuevo pues comenzó luego de la Segunda Guerra Mundial como ya se ha mencionado.<sup>131</sup>

De igual forma lo han hecho, por un lado, Hirschl, quien se ha referido expresamente a la “migración de ideas constitucionales” para estudiar las experiencias judiciales comparadas<sup>132</sup>; y por el otro, Olivetti y Pennicino, quienes sostienen que “el intercambio de ideas entre los diversos sistemas constitucionales se constituye como uno de los objetos

---

<sup>129</sup> GAMBARO, A., SACCO, R. *Sistemi giuridici comparati*. Utet. Torino. 2008. Pág. 3, citado por SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 127.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.* Pág. 15-17.

<sup>132</sup> HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2016. Págs. 122.

principales de estudio del constitucionalismo del S.XXI”.<sup>133</sup> También pueden encontrarse autores como Mazza, quienes validan esta tesis expresamente para referirse al diálogo entre sistemas constitucionales locales; o Jaramillo para hacer alusión a la superación de la concepción nacional de Estado.<sup>134</sup>

Dicho lo anterior, a continuación, en el acápite de las conclusiones y la elaboración de la valoración personal sobre lo expuesto, se ilustran con mayor profundidad las razones por las cuales se ha escogido a la teoría de la MIC como marco teórico para elaborar el presente trabajo de investigación.

### **3.1 Conclusión y valoración personal**

En esta oportunidad las conclusiones sobre lo expuesto se entrelazan con nuestra postura personal al respecto. Esto se debe a que el presente acápite ha sido desarrollado subjetivamente bajo la escogencia de una de las tantas teorías existentes para explicar el fenómeno del uso de derecho foráneo en los ordenamientos jurídicos modernos y en específico, por parte de los jueces. Como ya se ha mencionado en varias oportunidades, nuestro enfoque u objeto de estudio versa sobre aquellas doctrinas jurisprudenciales foráneas que han sido utilizadas por la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia.

De acuerdo con lo anterior, la justificación en la escogencia de la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales como marco de análisis y estudio para esta investigación se estructura sobre dos argumentos generales y cuatro específicos. Los primeros se refieren a las dificultades explicadas para el correcto entendimiento de este fenómeno, así como a las particularidades del caso colombiano. Los segundos hacen alusión a los aspectos positivos que se encuentran en la propia teoría de la MIC, respecto a las demás.

En este orden de ideas, el primer argumento general que justifica la escogencia de esta teoría es la necesidad de realizar una elección que limite la metodología y los presupuestos de análisis de nuestro trabajo dada la dificultad *conceptual* planteada en los anteriores acápites. Recuérdese que esta dificultad daba cuenta de lo complejo que podría resultar la elaboración de una definición del fenómeno, así como de sus características.

---

<sup>133</sup> OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 142.

<sup>134</sup> MAZZA, M. *The Russian Constitutional Court and The Judicial Use of Comparative Law: a problematic relationship*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 551; JARAMILLO, I. *Un examen a los intercambios académicos: más allá de la división entre norte y sur, en Geopolítica del conocimiento jurídico*. Óp. Cit. Págs. 335-336.

En virtud de lo anterior, se expuso cómo habían surgido diversas teorías y metáforas que pretendían explicarlo a su manera, partiendo de un tronco común edificado bajo los aportes generales de Watson, Glenn y Slaughter. Por ello, y de acuerdo con los argumentos que recoge Choudhry para justificar la nueva teoría, se considera que la MIC permite encontrar una definición del fenómeno concreto y un marco de análisis para su estudio que ayuda a superar esta primera dificultad.

El segundo argumento general se refiere a que la teoría de la MIC nos permite realizar un análisis más preciso sobre el caso colombiano por las características propias de cómo nuestra Corte Constitucional ha realizado las incorporaciones de diversas *doctrinas jurisprudenciales foráneas*. No obstante, esto será materia del Capítulo Segundo, no sobra anticipar que en Colombia se han presentado transformaciones y adaptaciones de dichas doctrinas y no propiamente trasplantes; imitaciones; diálogos horizontales o borrowings, de acuerdo con las características de estas últimas teorías.

En cuanto a los argumentos específicos, destacamos en primer lugar que la MIC como teoría no se aparta del tronco común elaborado por los teóricos de los trasplantes legales y el borrowing. De hecho, parte de sus postulados más importantes para mejorarlos, criticarlos y construir una nueva metáfora que permite el correcto entendimiento del fenómeno del uso de derecho foráneo en los distintos ordenamientos jurídicos, logrando ampliar su objeto de estudio. Por ello consideramos que es una nueva metodología con una metáfora mucho más precisa para su análisis, ya que supera las limitaciones que las doctrinas precedentes establecían, permitiendo un mayor espectro de situaciones a examinar.

Al proponerse que una “idea puede migrar”, se permite el análisis sobre cualquier institución, norma o doctrina jurídica constitucional que se haya establecido en un determinado lugar y luego en otro. A grandes rasgos todo puede estar conformado y transferirse por medio de ideas como lo afirmaba Sarra. Se puede a su vez examinar comparativamente todos los lugares en donde determinada idea migró, así como sólo mirar los efectos en alguno de ellos reconociendo su origen. Respecto de los sujetos quienes fomentan y utilizan la migración, puede evaluarse desde un poder constituyente que crea una nueva Constitución con ideas foráneas, hasta los propios operadores jurídicos que sustentan una demanda o un fallo con ellas.

El segundo argumento tiene que ver con que la teoría de la MIC supera las deficiencias o críticas que surgieron de sus predecesoras. Respecto de los “trasplantes legales” se avanza en el concepto de que una “migración” no implica una “copia” o traslado preciso de una norma o

doctrina de un lado a otro. Esto no sólo permite evaluar la idea originaria sino también su mutación o cambio en el país receptor.

En relación con el “borrowing”, entendido en todas sus variables, se supera el concepto que el derecho tiene un “propietario” y que este lo “presta” a otro ordenamiento para que la use, pero sin devolverlo. Este significado hacía desfigurar la metáfora hacia a una “donación o regalo”, al no configurarse propiamente a un “préstamo”. De igual forma se supera la tesis del “diálogo o comunicación transjudicial horizontal” que daba lugar a confusiones con el fenómeno del diálogo judicial propiamente dicho, ya que en efecto no existe dicho diálogo cuando se usa derecho foráneo por una Corte local, por ejemplo.

En tercer lugar, la teoría de la MIC centra su atención sobre la “idea que migró” y cómo ésta evoluciona o se transforma en su lugar de llegada, lo que en últimas determina la materialización del fenómeno. Este es quizás uno de los signos más distintivos de la MIC, pues se reconoce abiertamente que se espera que la idea cambie y no sea idéntica a su lugar de origen. Por el contrario, las anteriores teorías enfocan su análisis sobre una institución, norma o doctrina que aparentemente se copiaba de un lugar a otro, pero olvidaban las consecuencias, efectos y cambios que esta acción podría generar.

Finalmente, el cuarto argumento está enfocado en reconocer que a pesar de que muchos constitucionalistas y comparatistas siguen utilizando sus propias metáforas y teorías para dar cuenta del uso de derecho foráneo por parte de los ordenamientos jurídicos y jueces locales, también es cierto que reconocen y aceptan, formal o materialmente, la teoría de la MIC como se ilustra en los siguientes acápites de este Capítulo. De igual forma, este argumento se refiere a que, no existiendo un consenso teórico y doctrinal unificado sobre este tema, la obra colectiva editada por Choudhry da un paso adelante en este propósito al menos desde el derecho constitucional.

#### **4. A pesar de que el fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales es una realidad, su aceptación no ha sido del todo pacífica**

El presente acápite tiene por finalidad ilustrar las distintas posturas o tesis doctrinales en torno a la legitimidad del uso del derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales. Se parte de que este fenómeno es una realidad a pesar de algunas tesis minoritarias que siguen negando su existencia como se expuso en los acápites anteriores. No obstante, y luego de superada esta primera fase de discusión, el debate pasó a lo que hemos denominado la *legitimidad de su materialización*.

Por esto último queremos hacer referencia a las discusiones que surgieron con posterioridad a la constatación del nuevo fenómeno, relacionadas con su validez y viabilidad en la materialización o puesta en práctica. Existen argumentos que lo califican como *ilegítimo* y proponen su inaplicabilidad, pues sostienen que el derecho y los sistemas jurídicos son heterogéneos; que el fenómeno no es democrático; que los contextos jurídicos, políticos, sociales y culturales de los ordenamientos son distintos; que los jueces carecen de conocimiento en derecho foráneo; que es una actividad de simple “Cherry Picking”; y que conduce a la ilegitimidad misma del Tribunal Constitucional. Éstos se explican en primer lugar.

Por su parte, hay quienes defienden su *legitimidad* y abogan por su materialización, argumentando que el “Cherry Picking” es una práctica no del todo probada; que se puede realizar un adecuado uso del contexto al usar el derecho foráneo; que el derecho comparado es un método válido del razonamiento judicial a través del cual se puede utilizar el derecho foráneo; que éste funciona como una autoridad persuasiva y ayuda a la armonización jurídica regional; y que además pueden existir relaciones genealógicas entre los sistemas jurídicos que hacen legítimo su uso. Estos argumentos se exponen en segundo lugar.

Finalmente, debe recordarse que entre las distintas teorías y metáforas que intentan brindar una explicación al respecto, hemos decidido escoger la MIC por considerar que ofrece un marco teórico claro y supera la dificultad *conceptual* como se explicó en el acápite anterior. No obstante, se precisa que no todos los autores se refieren al debate de la legitimidad que está por describirse, con este marco teórico. Por lo anterior, se aclara que pueden encontrarse terminologías distintas para su estudio meramente formal.

#### **4.1 Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *ilegítima***

Existen pocas teorías o tesis que niegan la existencia del fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales. Por ello, la mayoría de las críticas realizadas parten efectivamente de que es una realidad, para luego concentrarse en la legitimidad de su materialización o puesta en práctica. No obstante, vale la pena hacer una breve mención sobre las principales posturas *negacionistas*, que materialmente pueden encontrarse en Legrand, Montesquieu y Hegel.

Como ya fue mencionado en los acápites anteriores, Legrand es uno de los principales críticos del uso de derecho foráneo, refiriéndose al fenómeno general y concretamente a la tesis de Watson sobre los trasplantes legales, al punto de negar por completo su realización, pues



concibe la ley como un fenómeno cultural y particular de cada sociedad.<sup>135</sup> Su tesis pudo haberse inspirado en la obra “El espíritu de las leyes” (1748) de Montesquieu, donde también se rechazó la imposición de leyes de una nación a otra y, por el contrario, se defendió la idea de que éstas debían dirigirse a una sociedad determinada regida por características propias como ya fue expuesto.<sup>136</sup>

Tushnet identifica precisamente a Montesquieu y a Hegel, como los precursores de esta idea que calificó como “improbable pero no imposible de realizarse”. Esto es, que las leyes no podían ser trasplantadas o tomadas prestadas, porque eran fenómenos muy particulares de cada nación.<sup>137</sup> Sin embargo, como ya fue mencionado, estas son tesis o posiciones minoritarias, que a nuestra consideración no reflejan lo que se vive actualmente en el mundo, como será profundizado en las conclusiones de este acápite.

Precisado lo anterior, las críticas sobre la legitimidad del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, producto de su materialización, se dieron a conocer precisamente en sede judicial.<sup>138</sup> Entre finales de los años noventa y los primeros años del nuevo siglo, los jueces de la Corte Suprema de Justicia norteamericana protagonizaron un importante debate sobre si era legítimo o no usar fuentes de derecho foráneo como fundamento de sus fallos, y a su vez, para interpretar la propia Constitución.<sup>139</sup> A pesar de que históricamente esta Corte ha estudiado, citado y consultado derecho foráneo, tal y como lo comprueba Easterbrook, durante el periodo mencionado se suscitó un intenso debate que se dio a conocer a nivel global.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> LEGRAND, P. *The Impossibility of Legal Transplants*. Óp. Cit. Págs. 111-124.

<sup>136</sup> TOOHEY, L. *Transplanted constitutionalism or transplanted constitution? Application of transplantation theory to constitutional reform*. Óp. Cit. Pág. 3-5.

<sup>137</sup> TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. P. 325

<sup>138</sup> No podría afirmarse con toda seguridad que el origen preciso de las críticas al fenómeno del uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales radica exclusivamente en el debate de la Corte Suprema de Justicia norteamericana. Sin embargo, al ser una de las Cortes más antiguas y con mayor tradición jurisprudencial, sí fue el centro de atención por los distintos constitucionalistas y comparatistas interesados en este fenómeno que luego comenzaron, a su vez, a elaborar sus propias críticas. PARRISH, A. *Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law*. U. Illinois Law Review No. 37. 2007.

<sup>139</sup> Para conocer todo el debate sobre el uso de derecho foráneo, comparado e internacional en sede de la Corte Suprema de Justicia norteamericana cronológicamente, puede verse: Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Student Features. Harvard International Law Review. 2010. Disponible en: [https://harvardilj.org/2010/08/online\\_52\\_minow/](https://harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/) También puede consultarse ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-61.

<sup>140</sup> Este autor hizo un estudio histórico sobre los fallos de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, donde pudo percatarse de la constante tendencia desde el Siglo XIX en citar y utilizar derecho foráneo, así como internacional para resolver sus fallos. Ver: EASTERBROOK, F. *Foreign Sources and the American Constitution*, 30 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 223, 223. 2006.

Entre los principales críticos estuvo el Juez Scalia quien sostuvo que la Corte debía utilizar la técnica interpretativa del originalismo, consistente en tener en cuenta el verdadero querer del Constituyente al hacer cualquier control de constitucionalidad. El Juez Thomas, por su parte, consideró que la citación de doctrina y jurisprudencia foránea “demuestra una insuficiencia de soportes legales para decidir en el ámbito nacional o local”.<sup>141</sup>

Para estos jueces, así como para otros autores, existen dos objeciones principales que hacen *ilegítima* la materialización de este fenómeno. La primera de ellas es el aumento de los temores del activismo judicial. Según Scalia, el carácter democrático de la revisión judicial limita el uso de fuentes foráneas, pues, además, valiéndose del derecho comparado, el juez “puede decir lo que el caso quiere que diga” o influir subjetivamente sobre su solución.

De igual forma el Juez Roberts afirma que usar el derecho foráneo a través de la técnica comparativa es sumamente discrecional, pues permite a las Cortes decidir “como quieran” y no “como deben” hacerlo, pensando que están en una empresa internacional conformada por todas las Cortes y que los contextos nos son relevantes al momento de expedir un fallo.<sup>142</sup>

El Juez Alito, también comparte esta postura y es partidario del originalismo como técnica interpretativa para resolver los casos. Trae como ejemplo la suposición de que “los redactores de la Constitución norteamericana no hubiesen querido que los derechos de sus ciudadanos fuesen aquellos reconocidos en Francia o en Rusia, sino los de su propia Constitución”.<sup>143</sup> Por ende, el derecho aplicable será el nacional y no el foráneo.

La segunda objeción se centra en la amenaza de la soberanía nacional. Además de los Jueces mencionados, autores como Alford, soportan esta tesis y afirman que la preocupación se centra en que, a través de fuentes de derecho foráneas y citación de derecho comparado, “las

---

<sup>141</sup> CHOUDHRY, S (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit. Págs. 1-12.

<sup>142</sup> En la audiencia de confirmación ante el Senado de EE. UU el Juez Roberts ratificó su posición de no utilizar derecho foráneo ni internacional en sede judicial. Así se describe en Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Óp. Cit: “During his Senate confirmation hearing, Chief Justice John Roberts objected to reference to international law by U.S. courts because international law “doesn’t limit [judges’] discretion the way relying on domestic precedent does,” and consulting how other countries treat particular legal questions pending in the United States is like “looking out over a crowd and picking out your friends”. Audiencia de confirmación de la nominación de John G. Roberts, Jr. para ser Juez de la Corte Suprema de Justicia norteamericana. *Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 201 (2005) (statement of Judge John G. Roberts, Jr.)*, citado por Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Óp. Cit.

<sup>143</sup> Audiencia de confirmación de la nominación de Samuel Alito para ser Juez de la Corte Suprema de Justicia norteamericana. *Hearing Before the S. Comm. on the Judiciary, 109th Cong. 471 (2006) (statement of Judge Samuel A. Alito)*, citado por Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Óp. Cit.

Cortes se vuelvan agencias extranjeras de organizaciones y gobiernos internacionales”.<sup>144</sup> Esto vuelve indeterminada la soberanía nacional pues se usa el vehículo de la supremacía constitucional para sobreponer una fuente foránea sobre la voluntad democrática local. A esto le llama Alford la “dificultad contra mayoritaria internacional”.<sup>145</sup>

Wu, por su lado, afirma que usar alguna fuente de derecho foránea a través del derecho comparado implicaría obedecer órdenes extranjeras sobre cómo debe decidirse.<sup>146</sup> Posner, sin embargo, considera que en EE. UU. el uso de jurisprudencia y doctrina extranjera se ha ganado el carácter de antidemocrático, argumentando que ellos tienen sus propias leyes y no necesitan ver la de los demás. El uso de derecho comparado se ha convertido en la “higuera judicial”.<sup>147</sup>

Las anteriores críticas fueron elevadas en el marco del debate iniciado entre los jueces de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, el cual permitió que posteriormente distintos académicos se interesaran aún más por el fenómeno y elaboraran su postura al respecto. Podría afirmarse que los aportes de Slaughter y los inicios del referido debate son relativamente contemporáneos. Esto nos permite deducir que, al menos, fueron catalizadores para que la doctrina iniciara mayores estudios sobre el tema.

Dicho lo anterior, hemos elaborado y agrupado en siete tesis los argumentos más relevantes que a nuestra consideración defienden la ilegitimidad del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, o, en otras palabras, que no aprueban y defienden su materialización o puesta en práctica. Éstas se describen a continuación con los respectivos autores que las exponen.

1) *Tesis de la carencia de legitimidad democrática.* Esta tesis fue sostenida principalmente por los jueces Scalia, Roberts, Alito, Thomas y Rehnquist de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, quienes afirmaron que el juez debe regirse por el derecho nacional como por el internacional que rija en el país donde ejerce su competencia.

Agregan que ambos derechos han sido creados y aceptados en virtud de los procedimientos democráticos previstos en cada sistema constitucional por el órgano competente y a través del procedimiento establecido. Por ende, aplicar y citar derecho foráneo

---

<sup>144</sup> ALFORD, R. *Misusing international sources to interpret the Constitution*. 2004. 98 American Journal of International Law. 57. Pág. 59

<sup>145</sup> *Ibíd.*

<sup>146</sup> WU, T. *Foreign Exchange: should the Supreme Court care what other countries think?* Slate, 2004.

<sup>147</sup> POSNER, R. *No, thanks, we have our own laws*. Legal Affairs, July/August 2004.

que no cursa este proceso lo hace antidemocrático y esto lo torna ilegítimo.<sup>148</sup> También pueden encontrarse autores como Rosenkrantz, Alford, Wu, Posner dentro de esta postura que es una de las más extendidas en la doctrina.

2) *Tesis de la heterogeneidad del derecho y de los sistemas jurídicos.* Rosenkrantz, mencionado anteriormente, sostiene que “el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales es una actividad problemática debido a la heterogeneidad del derecho constitucional y a los problemas de legitimidad democrática para adaptar derecho foráneo”.<sup>149</sup> Adicionalmente, existe un obstáculo transversal a este fenómeno que recae en “el problema de la validación”, el cual consiste en que el pueblo no participa del proceso de incorporación de ese derecho por lo que no resulta válido y, por ende, ilegítimo.<sup>150</sup>

Rosenfeld, por su parte, afirma que el “constitucionalismo envuelve una compleja interacción entre identidad y diversidad en distintos niveles que parece carecer de importancia la búsqueda de una identidad particular o diferencia que sea indispensable para legitimar un esquema constitucional”.<sup>151</sup> Agrega que el borrowing, refiriéndose al uso de derecho foráneo, en derecho privado es más sencillo que en el constitucional, porque las instituciones son más homogéneas. Esto se debe a que el derecho privado les sirve a los particulares, no a la sociedad o a el Estado como el derecho constitucional.<sup>152</sup>

Según esta tesis, cada sistema u ordenamiento jurídico es diferente y debe ser interpretado de acuerdo con sus propias especificaciones. Por ende, no se podría tomar el derecho foráneo y aplicarlo en el ámbito interno.<sup>153</sup> Rosenfeld va más allá, y sostiene que cada ordenamiento jurídico debe ser considerado como una ciencia legal diferente a las demás y por ello, el derecho creado en él será sólo aplicable allí.<sup>154</sup>

---

<sup>148</sup> Esta tesis ha sido sostenida de manera cardinal por Scalia, ex juez de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. SCALIA, A. Commentary, 40 St. Louis U. L. J. (1996) 1119 en 1122. Citado por GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág. 27.

<sup>149</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 282-83.

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> ROSENFELD, M. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*, en Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives. Duke University Press. 1994; *Ibíd.* *Constitutional migration and the bounds of comparative analysis*. 58 N. Y.U. Ann. Surv. AM. L. 67, 72 2001.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> Corte Administrativa Federal de Alemania. *Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)*, Sentencia del 30-06-1992, *NJW* 1993, 276, citado por GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág 28.

3) *Tesis del contexto determinado*. Esta tesis es sustentada por los Jueces Scalia y Thomas de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, quienes afirman que los jueces deciden con base en un contexto jurídico, político, social e incluso cultural propio del ordenamiento donde operan. Por ende, la contraposición de intereses que debe resolverse en un caso en concreto no puede desconocerlo y mucho menos adoptar una fuente que ha tenido como trasfondo un contexto esencialmente distinto.<sup>155</sup>

4) *Tesis de la carencia del conocimiento del derecho foráneo y las barreras lingüísticas*. Hondius plantea que “los jueces no son grandes conocedores del derecho foráneo en general, e incluso por esto, usar el derecho comparado como instrumento interpretativo dentro del proceso judicial sólo llevaría a errores”.<sup>156</sup> Asimismo, se plantea que existe la barrera de la lengua extranjera a la que muchos jueces se enfrentarían dando lugar a equívocos interpretativos en las traducciones.

5) *Tesis del “Cherry Picking”*. Esta es una de las tesis más divulgadas y extendidas que se han planteado en contra del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales, y a su vez, de la comparación jurídica como método interpretativo en sede judicial. Puede analizarse en autores como Graziano, Geoffrey, Posner y el Juez Scalia, por citar algunos ejemplos.

Ella se refiere a que los jueces son totalmente selectivos y subjetivos al momento de citar, incorporar y utilizar derecho foráneo, pues más allá del contexto jurídico y las condiciones fácticas del país de donde se toma, les interesa tomar aquello que sirve o es útil para resolver o fortalecer argumentativamente el caso. Por eso se usa esta metáfora haciendo alusión a tomar la cereza que se desea de un grupo que se encuentra a la mano en un frasco o tazón.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Esta posición se puede ver en la Opinión Disidente (Dissenting Opinion) (del juez Scalia en el fallo *Lawrence vs Texas* 539 US 558 (2003) Pág. 44: “The Court’s discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since “this Court . . . should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans.” Foster vs. Florida, 537 U. S. 990, n. (2002) (THOMAS, J., concurring in denial of certiorari)”.

<sup>156</sup> HONDIUS, E. *Comparative Law in the Courtroom: Europe and America Compared*, en BUCHLER, A. MULLER-CHEN, M. (Eds.). *Festschrift für Schwenger*, Vol 1 (Bern: Stampfli, 2011), 759-769, citado por GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág 29.

<sup>157</sup> GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág 30; GEOFFREY, S. *Comparative Law and the Courts: what counts as comparative law?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 54-64. Esta tesis también se puede ver en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales que tienen una posición restrictiva respecto al uso de derecho y jurisprudencia foránea como el de EE. UU.. Ver a su vez la Opinión Disidente del Juez Scalia en el fallo *Roper vs Simmons*, US 543 US 551 (2005): “The Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners’ views as part of the *reasoned basis* of its decisions. To invoke alien law when it agrees

6) *Tesis sobre la pérdida de legitimidad como Tribunal Constitucional.* Sin ser partidario de esta tesis y por el contrario sólo un expositor, Sarra ilustra que “una Corte local podría perder legitimidad dentro de su mismo Estado, al incorporar derecho foráneo ya que conlleva a una ambigüedad del derecho aplicable al caso en concreto”.<sup>158</sup> Entre otras cosas, esto se explica ya que las Cortes Constitucionales locales son creadas para aplicar y defender la vigencia del derecho constitucional nacional, más no el extranjero.<sup>159</sup>

7) *Tesis de la cultura constitucional.* Rosenkrantz sostiene que “el uso de derecho foráneo por parte de los Tribunales Constitucionales locales es problemático ya que impide la creación de una cultura constitucional propia”.<sup>160</sup> En su lugar propone que los Tribunales analicen y tengan en cuenta para resolver sus casos, la historia y las características particulares de su país y de esa manera poder crear una verdadera cultura constitucional.<sup>161</sup>

---

with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decision making, but sophistry. The Court responds that “[i]t does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom.” *Ante*, at 24–25. To begin with, I do not believe that approval by “other nations and peoples” should buttress our commitment to American principles any more than (what should logically follow) disapproval by “other nations and peoples” should weaken that commitment. More importantly, however, the Court’s statement flatly misdescribed what is going on here. Foreign sources are cited today, *not* to underscore our “fidelity” to the Constitution, our “pride in its origins,” and “our own [American] heritage.” To the contrary, they are cited *to set aside* the centuries-old American practice—a practice still engaged in by a large majority of the relevant States—of letting a jury of 12 citizens decide whether, in the particular case, youth should be the basis for withholding the death penalty. What these foreign sources “affirm,” rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. “Acknowledgment” of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court *unless it is part of the basis for the Court’s judgment*—which is surely what it parades as today”. De igual forma se aprecia en la posición de Posner quien no niega la posibilidad de que los jueces puedan estudiar y mirar a sus pares en otros ordenamientos, pero sí de que usen sus precedentes como base y soporte de sus decisiones: “Judges are likely to cite foreign decisions for the same reason that they prefer quoting from a previous decision to stating a position anew: They are timid about speaking in their own voices lest they make legal justice seem too personal and discontinuous. They are constantly digging for quotations and citations to support positions they’ve adopted on grounds other than the compulsion of precedent. In-depth research for a judicial opinion is usually conducted after rather than before the judges have voted, albeit tentatively, on the outcome. Citing foreign decisions is probably best understood as an effort, whether or not conscious, to further mystify the adjudicative process and disguise the political decisions that are the core, though not the entirety, of the Supreme Court’s output. I do not suggest that our judges should be provincial and ignore what people in other nations think and do. Just as our states are laboratories for social experiments from which other states and the federal government can learn, so are foreign nations laboratories from whose legal experiments we can learn. The problem is not learning from abroad; it is treating foreign judicial decisions as authorities in U.S. cases, as if the world were a single legal community”. POSNER, R. *No thanks, we have our own laws*. Legal Affairs. Julio-agosto, 2004. Disponible en: [http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature\\_posner\\_julaug04.msp](http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp)

<sup>158</sup> SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull’uso “dialettico” del precedente giudiziario*, Óp.Cit. Pág. 485-486.

<sup>159</sup> *Ibíd.*

<sup>160</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 269–295.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

## 4.2 Tesis que sostienen que el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales es una actividad *legítima*

Expuestos los argumentos o tesis sobre la *ilegitimidad*, a continuación, se presentan los que defienden la *legitimidad* de la materialización del fenómeno. Como primer planteamiento general, Graziano sostiene que desde entrado el Siglo XXI es desatinado pensar que el juez no pueda usar e incorporar derecho foráneo, ni utilizar la comparación jurídica como razonamiento para resolver los casos de su conocimiento.

No obstante, este autor se hace la pregunta de si resulta legítimo y beneficioso continuar con esta práctica. De igual forma recuerda que el debate iniciado entre los jueces de la Corte Suprema de los EE. UU. ayudó a ubicar este tema en discusión entre los diferentes académicos y abogados, como fue expuesto anteriormente.<sup>162</sup>

Dicho lo anterior, y del mismo modo que se hizo en el acápite anterior para exponer los principales argumentos sobre lo que hemos denominado la *ilegitimidad* del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, a continuación, se ilustran aquellos que defienden su *legitimidad*. También se ha realizado un esfuerzo por agruparlos en siete tesis que a nuestra consideración se constituyen como las más relevantes.

1) *Tesis de la falta de prueba del “Cherry Picking”*. Esta tesis es descrita por Graziano quien expone que la práctica del “Cherry Picking” es un hecho sin plena prueba, pues en ocasiones los jueces no plasman en sus fallos la debida justificación de la selección de la jurisprudencia o doctrina foránea utilizar, lo que no querría decir que previamente o en una etapa anterior a la sentencia no se haya realizado. En últimas, este autor sostiene, que “los jueces no utilizan aquellas fuentes que solamente les sirven para resolver el caso, sino las que previamente se han contrastado con sus particularidades y su debido contexto”.<sup>163</sup>

2) *Tesis del uso correcto de acuerdo con el contexto*. Jackson es una de las exponentes principales de esta tesis, quien además de descalificar las críticas contra el uso de derecho foráneo por parte de los jueces, trata de fortalecerlo con la tesis del uso correcto de acuerdo con el contexto. Esto es, que los jueces pueden utilizar derecho foráneo para argumentar y decidir sus casos, siempre y cuando se haga un análisis del contexto histórico y jurídico en el cual se

---

<sup>162</sup> GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 25-51.

<sup>163</sup> GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* Óp. Cit. Pág 30.

emitió la fuente a utilizar.<sup>164</sup>

Lo anterior permitiría no sólo tener un uso justificado de la misma, sino que también se evitaría el llamado fenómeno del “Cherry Picking” que propende por una selección totalmente subjetiva y sin justificación. En concordancia con Jackson, y a pesar de tener una postura contraria como ya fue expuesto, Rosenkrantz considera que es posible darle viabilidad al uso de derecho foráneo o el borrowing como argumento de autoridad, dependiendo si lo que desea tomarse para el caso en concreto tiene un contexto o sistema legal similar al local. De lo contrario no sería legítimo por la propia heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos.<sup>165</sup>

3) *Tesis de la accesibilidad y el aumento de información sobre derecho foráneo.* Esta tesis, expuesta a su vez por Graziano, se refiere a que en la actualidad la información sobre derecho foráneo que emiten los distintos jueces se encuentra disponible y es de fácil acceso. En este sentido los jueces se encuentran dentro un contexto global e informático y de nuevas tecnologías que influye y cambia su labor judicial. Esto permite, entre otras cosas, que puedan consultar de manera completa y actualizada los distintos fallos proferidos por sus pares y así evitar equívocos en su citación y comprensión.<sup>166</sup>

4) *Tesis del derecho comparado como método válido del razonamiento judicial y la libertad del juez para utilizarlo.* Esta tesis plantea que, dentro de los distintos métodos de interpretación que tiene el juez para resolver los casos, tales como el histórico, sistemático, y literal, se encuentra también el del derecho comparado. Con base en su aplicación, este podría eventualmente legitimar el fenómeno descrito.

Como lo anticipamos al inicio de este Capítulo, existen vías de confluencia entre el estudio del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, y el método de derecho comparado. En este sentido, si el juez encuentra en un caso foráneo, argumentos fácticos y jurídicos para construir su caso, se encuentra legitimado para utilizarlo a través del método de derecho comparado.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> JACKSON, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Óp. Cit.; JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. Legal Affairs. Óp. Cit.

<sup>165</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 270–280.

<sup>166</sup> GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* Óp. Cit. Pág 31.

<sup>167</sup> *Ibid.* Pág 33. “Scottish and English judges have for centuries drawn on ideas developed in other jurisdictions (both common law and civilian) ... Judicial reasoning has been seen as a process of rational inquiry, in which there are not in principle any sources of ideas which are off-limit. Judicial reasoning in this country has not been thought of in national terms, with non-national sources of ideas being regarded as suspect: on the contrary, it has long been thought sensible to consider how others, from Ancient Rome onwards, have resolved similar problems. If Judges are free to take account of the views of academic’s lawyers writing in law reviews, whether they are based



Robert Reed, actual Juez de la Suprema Corte del Reino Unido, afirma que, para el caso del Reino Unido, por ejemplo, la jurisprudencia ha sido creada a partir de experiencias de otros países tanto del Common como del Civil Law. Además, que, desde tiempos de la Antigua Roma, los jueces han tenido la libertad para mirar como sus pares han resuelto problemas similares a los que luego ellos se enfrentaron, por ende, se encuentran legitimados en el proceso racional de la actividad judicial de mirar experiencias foráneas y comparadas.<sup>168</sup>

5) *Tesis del derecho como autoridad persuasiva*. Esta tesis es sostenida principalmente por Glenn quien afirmó que el uso de derecho foráneo por parte de los jueces locales funciona como una autoridad persuasiva cuando ni el derecho nacional e internacional ofrecen una respuesta al caso en concreto, haciendo que sea legítimo su uso.

Como ya se había mencionado, esta “autoridad persuasiva”, definida como una fuerza que atrae pero que no obliga o vincula, es usada por los jueces para justificar la incorporación de derecho foráneo en su jurisprudencia, lo que les permitiría encontrar argumentos y soluciones para resolver los casos.<sup>169</sup> En el mismo sentido, Williams afirma que “es razonable considerar decisiones legales como teniendo autoridad más allá del caso que se tiene en mano, los casos del pasado se pueden usar para resolver los casos del futuro”.<sup>170</sup>

6) *Tesis de la armonización jurídica regional*. Esta tesis tendría lugar, sobre todo, para los países europeos y aquellos que viven procesos de integración económica, social, cultural y política de forma consolidada. Consiste en afirmar que con independencia de que el derecho foráneo que incorporan y usan los Tribunales locales no sea vinculante, los contextos que comparten los países en integración son muy parecidos y por ende las soluciones a sus problemas jurídicos. En este sentido sería legítimo que las Cortes de estos países utilicen derecho foráneo, entre otras cosas, para lograr una armonización jurídica regional.<sup>171</sup>

7) *Tesis de la relación genealógica*. No obstante estar en contra de esta práctica por considerarla problemática, Rosenkrantz describe y analiza algunas razones generales que podrían justificarla. Siguiendo a Choudhry, utiliza el argumento “genealógico” para afirmar que sería legítimo utilizar derecho foráneo cuando el país doméstico y el extranjero tienen una relación histórica que justifica la “importación”. Este argumento parte de la metáfora de tener

---

in Cambridge, England, or Cambridge, Massachusetts, there would seem to be no reason why the opinions of foreign Courts should be off limits”. Opinión del REED, R. Citado por *Ibíd.* Pág. 36.

<sup>168</sup> *Ibíd.*

<sup>169</sup> GLENN, P. *Persuasive Authority*. Óp. Cit. Pág. 261.

<sup>170</sup> WILLIAMS, B. *What has Philosophy to learn Tort Law?* en *Philosophical Foundations of Tort Law* 487. David G. Owen ed., Clarendon Press. 1995.

<sup>171</sup> *Ibíd.* Pág. 38.

una Constitución “madre”, que, gracias a una relación de autoridad y vínculos históricos existentes, puede influenciar y hacer vinculante su contenido a una Constitución “hija”.<sup>172</sup>

#### **4.3 Resultaría *legítimo* que las Cortes Constitucionales locales utilicen derecho foráneo, siempre y cuando se encuentre justificado y en los contextos adecuados.**

Vistas las posiciones contrarias en torno a la legitimidad del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, se ha dejado este acápite adicional para profundizar sobre una tesis intermedia o ecléctica que hemos denominado como “*de la justificación o condicionamiento*”, por no ubicarse precisamente en alguno de los extremos expuestos. Sobre esta tesis ya pudimos conocer un poco gracias a Jackson en el anterior acápite, y en términos generales plantea que sería legítimo utilizar derecho foráneo siempre y cuando se encuentre justificado y en los contextos adecuados.

Choudhry, por ejemplo, afirma que la jurisprudencia foránea es una fuente de sabiduría práctica para el duro oficio de decidir y resolver casos judiciales. Cita Bickel, quien sostiene que en las democracias liberales que han optado por Constituciones escritas, reforzadas por Cortes no electas democráticamente, el control de constitucionalidad es una forma de poder político que no puede ser legitimado por responsabilidad y control democrático. Por eso, dice Choudhry, que las Cortes deben buscar otra forma de legitimarse, y es a través de sus decisiones.

La verdadera legitimidad de las Cortes gira sobre los métodos de interpretación que utilicen. Por eso éstas deben explicar porque utilizan derecho foráneo y comparado en sus decisiones. De lo contrario, las decisiones en sede del control de constitucionalidad serían meras políticas, sujetas al control democrático atenuado. En cada idea, doctrina o jurisprudencia que migre o se use por tribunales locales, debe existir una justificación de porqué se usa.<sup>173</sup>

Para Hirschl, la expansión del poder judicial y la judicialización de las políticas puede ser explicado a partir de un origen político en cada país. Las grandes cuestiones constitucionales y de revisión judicial, no pueden ser entendidas sin el debido contexto político

---

<sup>172</sup> Esta teoría puede encontrarse y examinarse en CHOUDHRY, S. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*. Óp. Cit. Un segundo argumento que ilustra Rosenkrantz es el “procedimental”, y consiste en legitimar este fenómeno siempre y cuando las Corte expidan fallos a través de procedimientos confiables y democráticos. Ver estas posiciones en ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 269–295.

<sup>173</sup> BICKEL, A. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. (2nd Edition, Yale University Press, New Haven, CT, 1986).

de cada país en el cual son desarrolladas. Por ello, la legitimidad se logra a través de la justificación en los contextos debidos.<sup>174</sup>

De igual forma, Alder, utilizando el término de “borrowing”, justifica la utilización de derecho foráneo, siempre y cuando se proteja o garantice un valor moral. Es decir, si determinada doctrina o teoría foránea satisface o protege la democracia, la igualdad o la libertad, se justificaría su uso pues esto quiere decir que también lo hace en el ordenamiento jurídico de origen.<sup>175</sup> Sin embargo, también reconoce dificultad en este argumento, y en concordancia con Tushnet, evidencia el problema de la “modularidad”, el cual hace alusión a que los ordenamientos son diferentes y probablemente una doctrina que fue exitosa o sirvió para proteger valores morales en un ordenamiento no lo hará en otro. Concluye que, el uso de derecho foráneo funcionará sólo si es “modular”. Es decir, si funciona con independencia de los factores sociales y normativos de los ordenamientos jurídicos.<sup>176</sup>

Una posición similar puede también encontrarse en Osiatynski, quien sostiene que sólo será legítima esta práctica, siempre y cuando “haya un correcto diálogo y entendimiento entre sus actores respecto de las ideas o doctrinas que migran de un lugar a otro”.<sup>177</sup> Asimismo, Pegoraro sostiene que el “legal tourism” ha desencadenado efectos adversos como lo son los “formantes dinámicos” en la jurisprudencia de las Cortes locales que no justifican el uso y la citación de derecho foráneo, así como tampoco su debida contextualización.<sup>178</sup>

#### **4.4 Conclusión y valoración personal**

De la misma manera cómo se hizo en el acápite anterior, trataremos de entrelazar las conclusiones con nuestra postura personal en relación con todo lo expuesto en este cuarto acápite. Esto se hace con la finalidad de que la lectura pueda ser más dinámica y el análisis que se efectúe de lo expuesto se realice de forma unificada. En primer lugar, se abordará lo referente a la *ilegitimidad*; luego lo respectivo a la *legitimidad*; y finalmente se abordará lo atinente a la *justificación o condicionamiento*.

Como pudo verse a lo largo de este acápite, las posturas doctrinales en torno al uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales no son uniformes y pacíficas. Por el

---

<sup>174</sup> HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2007.

<sup>175</sup> ADLER, M. *Can constitutional borrowing be justified?* Óp. Cit. Pág. 355-56.

<sup>176</sup> *Ibíd.*

<sup>177</sup> OSIATYŃSKI, W. *Paradoxes of constitutional borrowing*. Óp. Cit. Págs. 266–268.

<sup>178</sup> PEGORARO, L. *Ruolo della dottrina, comparazione e “legal tourism”*. Diálogos de saberes. No. 43. Julio-diciembre 2015. Págs. 219-236.

contrario, hay diversidad en los planteamientos que defienden una u otra tesis, produciendo una tercera dificultad para su estudio: el problema de la legitimidad. Lo que ha podido evidenciarse en la investigación es que una vez superado el debate de la “existencia o viabilidad”, esto es, si el fenómeno era una realidad, la discusión pasó al plano de si su materialización en el ámbito judicial local era legítima.

En los inicios hubo mucha resistencia, sobre todo por parte de la doctrina y los jueces norteamericanos, quienes defendieron la corriente interpretativa del originalismo para interpretar su Constitución y resolver los casos, a pesar de los estudios históricos y jurisprudenciales de Easterbrook, que demuestran una tendencia contraria.

Lo anterior podría explicarse a partir de las posturas personales de los magistrados de la Corte en su momento, de los cuales buena parte siguen siendo los de hoy, quienes veían en el uso del derecho foráneo un peligro para su soberanía y democracia. Es probable que en unos años esto cambie con la renovación gradual de sus integrantes, o por el contrario, como dice Tushnet, se mantenga la tendencia de no “importar doctrinas”.<sup>179</sup>

No compartimos la postura de estos jueces que califican como ilegítimo el fenómeno debido a que podría aumentar el activismo judicial de las Cortes. La primera razón es porque se basa en una suposición infundada y no comprobada. La segunda, en cambio, es porque si bien puede existir una relación directa entre éstos (activismo judicial y uso de derecho foráneo), no sería la única forma de consolidar dicho activismo en un Estado democrático.

Muestra de ello son los fallos que profirió la misma Corte Suprema de Justicia norteamericana en la llamada “Corte Warren” en los años cincuenta y sesenta, los cuáles no necesitaron estrictamente derecho foráneo para tener el “talante vanguardista o progresista” como fue calificado, y que se enfocaron más en la situación local interna del país que las ideas que podían provenir del exterior.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> TUSHNET, M. Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law. *Óp. Cit.* Pág. 325

<sup>180</sup> La denominada “Corte Warren” tuvo lugar en EE. UU. entre los años de 1953 y 1969 por coincidir precisamente con el periodo de Earl Warren como presidente de la Corte Suprema de Justicia. Durante este tiempo se emitieron fallos de tipo vanguardistas que protagonizaron un fuerte activismo judicial y sirvieron como modelo para los demás Tribunales Constitucionales a nivel global. Entre las sentencias más importantes se destacan *Brown v. Board of Education* (1954); *Gideon v. Wainwright* (1963); *Reynolds v. Sims* (1964); y *Miranda v. Arizona* (1966). Para profundizar en este tema y ver el recorrido histórico del activismo judicial en EE. UU, puede examinarse: RACIMO, F. *El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional*. Revista Jurídica. Universidad de San Andrés. Argentina. No. 2. octubre de 2015. De igual forma puede consultarse GARRO, A. *Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 12. No. 35. Mayo-agosto. 1992.

De igual forma, no se comparten las objeciones realizadas al derecho comparado como técnica interpretativa y la posible pérdida de soberanía nacional como lo sostienen Alford, Wu y Posner. Frente a la primera objeción, se considera que se limita la autonomía judicial al no permitir que los jueces puedan llegar a una solución razonable de acuerdo con el método interpretativo que mejor se acomode a los hechos y consideraciones jurídicas del caso.

En nuestra consideración, lo que siempre debería exigirse, siguiendo a Choudhry por ejemplo, es la justificación de la decisión judicial pues es la única forma como los jueces se pueden legitimar dentro de un órgano que no goza de un origen democrático. Situación distinta es que se les obligue a utilizar un determinado método para llegar a la solución, lo cual no compartimos.

Con relación a la segunda, objeción, nos resulta un poco desproporcionado sostener que la soberanía nacional de un país pueda llegar a afectarse por utilizar un argumento o idea foránea en un fallo judicial, cuando la decisión que se produce es finalmente tomada por una autoridad nacional en el marco de sus competencias constitucionales y luego de un proceso argumentativo y justificatorio que termina en el fallo.

Por el contrario, se cree que estos autores, en especial Posner, defienden una especie de “nacionalismo jurídico” con el que desean instituir la aplicación de las disposiciones y normas locales, así puedan resultar deficientes o ineficaces en comparación con las foráneas. Por ende, también terminaría por producirse un efecto adverso de “aislamiento normativo”, que no se amolda a la realidad global interconectada.

Dicho lo anterior, a continuación, expondremos nuestra valoración personal frente a cada tesis que defiende la *ilegitimidad* del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales. En relación con la *Tesis de la carencia de legitimidad democrática*, consideramos que puede tener un planteamiento factible siempre que se entienda que un caso fue resuelto con fundamento único en derecho foráneo y este no sea utilizado como un soporte argumentativo adicional en el fallo.

Son dos situaciones distintas. En la primera, el derecho foráneo se convertiría en el único fundamento de resolución del caso en concreto al no existir ningún otro en el ámbito nacional e internacional, los cuales sí gozarían de una legitimidad democrática al interior del

ordenamiento jurídico, producto de su expedición bajo los procedimientos debidos y por los órganos competentes, lo que además los hace plenamente vinculantes.<sup>181</sup>

En la segunda, por su lado, el fundamento principal del fallo sería el derecho nacional e internacional aplicable, y el derecho foráneo serviría como un argumento adicional para reforzar la justificación de la sentencia. En este segundo caso, no encontramos la viabilidad de esta tesis, o en su defecto, la concreción de la ilegitimidad que se predica del fenómeno descrito.

En relación con la *Tesis de la heterogeneidad del derecho y de los sistemas jurídicos*, consideramos que, si bien hoy se pueden mantener diferencias sustanciales entre los distintos ordenamientos y sistemas jurídicos, éstas son cada vez menores por lo que no sería viable seguir sosteniendo esta posición. Dos razones principales fundamentan nuestra postura:

En primer lugar, porque el derecho constitucional parte de ideas centrales presentes en todos los países que dicen ser Estados Constitucionales, tales como la garantía de los derechos fundamentales; la separación y colaboración armónica de los poderes públicos; y el concepto de supremacía constitucional, entre otros. En segundo lugar, porque precisamente gracias a los procesos de transformación que han vivido los Estados producto de la globalización, las diferencias entre un sistema y otro se han hecho cada vez más efímeras.<sup>182</sup>

Respecto de la *tesis del contexto*, compartimos buena parte de la crítica efectuada, en el sentido de que las Cortes locales, así apliquen disposiciones comunes al derecho constitucional, resuelven los casos de acuerdo con los contextos locales que siempre tendrán particularidades propias que merecerían tener respuestas individuales y no colectivas o compartidas. Sin embargo, si los jueces son conscientes de este hecho, esta crítica podría ser utilizada a su favor por medio de un ejercicio comparativo que pueda diferenciar los contextos y llegar a respuestas similares, pero no idénticas, lo que lo convertiría en un ejercicio útil para la actividad judicial.<sup>183</sup>

#### *La tesis de la carencia del conocimiento del derecho foráneo y las barreras lingüísticas*

---

<sup>181</sup> Parte de este argumento se puede profundizar en PEGORARO, L. FIGUEROA, G. *Las citas doctrinales en las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Especial análisis de aquellas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016, Págs. 137-171

<sup>182</sup> Cada vez son más los acercamientos entre los distintos sistemas jurídicos, como es el caso de Common y Civil Law. Éste último, por ejemplo, ha adoptado la teoría del precedente judicial como fuente principal del derecho, dejando en un segundo plano a la ley como rasgo característico. Ver, por ejemplo: LÓPEZ, D. *El derecho de los jueces*. Segunda Edición. Universidad de los Andes/Legis. 2018.

<sup>183</sup> Sobre el rol del comparatista y su método ver: CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G.F. *Diritto costituzionale comparato*. Editori Laterza. 2009. Pág. 10. De igual forma ver: DAVID, R. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz. París. 1982.

podría haber sido una barrera casi infranqueable en el S. XX, pero no en la actualidad. En cuanto al conocimiento del derecho foráneo, cada vez más el derecho comparado se encarga de dar a conocer y publicar distintos estudios en relación el derecho aplicable en los distintos sistemas jurídicos que llegan a manos de los jueces e influyen sobre su trabajo como se ha expuesto, por lo que tampoco sería un argumento totalmente cierto.

Por otro lado, el hecho de que los jueces de los distintos países no hablen varios idiomas, no quiere decir que no puedan acceder y comprender el derecho foráneo. Esto sería suponer que la única herramienta que tienen los jueces para conocerlo es dominar otro idioma. En cambio, sí, se desconoce que en la actualidad existen muchas herramientas tecnológicas para traducir e interpretar el derecho global, reduciendo así las barreras lingüísticas. Por estas razones no compartimos esta crítica.<sup>184</sup>

Por otro lado, la *tesis del “Cherry Picking”*, es quizás una de las más problemáticas y sólidas a la vez. Compartimos algunos de los planteamientos de Geoffrey, Posner y el Juez Scalia que en su momento afirmaron que los jueces podían llegar a ser totalmente selectivos y subjetivos al momento de usar derecho foráneo, pues más allá del contexto jurídico y las condiciones fácticas del país de donde se toma, les interesaba tomar aquello que servía o era útil para resolver o fortalecer argumentativamente el caso.

Para la época en que se efectuaron estas críticas no existían muchos estudios cualitativos al respecto, por eso se debatía que era un fenómeno no probado en su totalidad. Sin embargo, en 2015 salió publicada una investigación parcialmente global editada por Groppi y Ponthoreau, donde se demuestra que la mayoría de los jueces incurre en el “Cherry Picking” al usar derecho foráneo.<sup>185</sup> Por esta razón, no podemos refutar, sino más bien compartir esta crítica.

Por último, en cuanto a las tesis *sobre la pérdida de legitimidad como Tribunal Constitucional, y de la cultura constitucional*, se considera que no existe una relación directa entre el uso de derecho foráneo y la pérdida de legitimidad del Tribunal Constitucional, en la medida que puede también producirse el efecto contrario, es decir, obtener mayor legitimidad porque a través del derecho foráneo se logran soluciones beneficiosas para el ordenamiento

---

<sup>184</sup> JARAMILLO, I. *Un examen a los intercambios académicos: más allá de la división entre norte y sur, en Geopolítica del conocimiento jurídico*. Óp. Cit. Págs. 335-336; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 18; BIANCHINI, M.; GIOIA, G. *Dialogo tra Corti e Principio di Proporzionalità*. Óp. Cit. Págs. 9-11.

<sup>185</sup> GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Pág. 422-423.

jurídico. De otra parte, la cultura constitucional propia de un país es difícil construirla en un mundo globalizado donde las ideas ya no pertenecen a una Corte sino al conocimiento mismo al cual pueden acceder los jueces para resolver sus casos. Por ende, no compartimos ninguna de estas críticas.<sup>186</sup>

Dicho lo anterior, ahora corresponde analizar los argumentos que defienden la *legitimidad* del uso del derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales. En primer lugar, deseamos expresar que estamos de acuerdo con la afirmación de Sarra atinente a que resulta desatinado pensar que en S. XXI los jueces no puedan utilizar fuentes foráneas del derecho, ni el método de la comparación jurídica para resolver sus casos.

Lo anterior quiere decir que compartimos la postura referente a que este fenómeno es plenamente legítimo. Si esto es así, la problemática no se situaría en este estadio inicial de discusión, como en efecto ocurrió, sino en los efectos o consecuencias que la materialización de esta práctica pueda tener.

En este orden de ideas, la primera tesis relacionada con *la falta de prueba del “Cherry Picking”*, ha quedado parcialmente desvirtuada por el estudio editado por Groppi y Ponthoreau como ya se explicó. Por ello, no volveremos a pronunciarnos al respecto en este punto.

Sin embargo, en relación con la *tesis del uso correcto de acuerdo con el contexto*, compartimos la postura de Jackson que propende por que los jueces utilicen derecho foráneo en sus decisiones siempre y cuando se hagan los análisis de contextos debidos. Esto permitiría no sólo justificar en mayor medida la decisión, sino también evitar el “Cherry Picking” en sede judicial, que como se ha anticipado, parece ser una realidad, al menos en los países objeto de estudio del trabajo editado por Groppi y Ponthoreau.

Con relación a la *tesis de la accesibilidad y el aumento de información sobre derecho foráneo*, compartimos la postura expuesta por Graziano de que podría llegar a legitimarse el fenómeno en la medida de que los jueces actualmente están desarrollando sus funciones en un nuevo contexto global e informático que influye y cambia su forma de trabajo. En este sentido, al estar disponible la información sobre derecho foráneo y ser de fácil acceso, no puede prohibirse a los jueces no mirarla, estudiarla y aplicarla a sus casos.

*La tesis del derecho comparado como método válido del razonamiento judicial y la*

---

<sup>186</sup> BREIDENBACH, J. *The Dynamics of Cultural Globalisation*. The myths of cultural globalisation; GERBER, DAVID J., “Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law”. *Tulane Law Review*, Vol. 75. p. 950, citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Óp. Cít. Pág. 264-265.



*libertad del juez para utilizarlo*, es quizás una de las tesis que mejor puede defender la legitimidad de este fenómeno por dos razones. La primera, porque en efecto el derecho comparado se ha convertido, no sólo en una disciplina, sino también en un método más de la interpretación judicial y constitucional como ya lo anunciaba desde finales del S. XX Peter Häberle.<sup>187</sup> En este sentido, si el juez encuentra en un caso foráneo, argumentos fácticos y jurídicos para construir y resolver su caso, bien podría recurrir a él dentro los parámetros metodológicos que se establezcan.

La segunda razón se soporta con base en la postura de Reed, quien sostiene que buena parte de la jurisprudencia de las Cortes, hablando en su caso del Reino Unido, se construye a partir de las experiencias de otros países y Cortes foráneas. Esto quiere decir, que la actividad judicial no puede ser una actividad “endogámica” sino que debe soportarse a partir de decantaciones jurídicas extrínsecas.

Frente a la *tesis del derecho como autoridad persuasiva*, sostenida principalmente por Glenn y Williams, consideramos que resulta legítimo acudir al derecho foráneo como autoridad persuasiva para encontrar una solución al caso cuando ni el derecho local e internacional ofrecen una solución clara al respecto. Recuérdese que el juez debe impartir justicia y está obligado a resolver el caso. Por otro lado, la *Tesis de la armonización jurídica regional*, facilita enormemente la legitimación en el uso de derecho foráneo cuando se comparten regulaciones económicas, sociales y jurídicas que ameritaría soluciones similares.

Finalmente, consideramos que la *tesis de la relación genealógica*, sólo podría legitimar parcialmente el fenómeno cuando se compruebe que existe verdaderamente una Constitución “madre” y otra “hija” que comparten exactamente las mismas disposiciones. Sin embargo esto podría ser problemático en la medida que las Constituciones son textos abiertos sujetos a la interpretación que de ellas hagan los jueces al crear las normas jurídicas. Por ende, el argumento “genealógico” no es garantía de legitimación.

Por último, compartimos la tesis intermedia que condiciona la legitimidad del uso del derecho foráneo por parte de las Cortes locales a una debida justificación y dentro de los contextos adecuados. Como lo indica Choudhry, citando a Bickel, las Cortes Constitucionales, en su mayoría, no son elegidas democráticamente porque en esencia son poderes contra mayoritarios. Esto produce que la forma de legitimarse sea a través de sus fallos, los cuales deben estar justificados, ser razonables y racionales.

---

<sup>187</sup> HÄBERLE, P. *Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. Óp. Cit.

De acuerdo con lo anterior, las Cortes deberían explicar porqué utilizan o incorporan una idea o fuente del derecho foráneo para resolver el caso y a través de qué método lo hicieron. De lo contrario el fallo podría tildarse de tener un tinte político, e incluso arbitrario.

Esta tesis contribuiría enormemente para que el fenómeno pueda obtener mayor legitimidad y a su vez, zanjar algunos de los debates generados. En efecto, siguiendo el estudio editado por Groppi y Ponthoreau, la mayoría de los casos en que los jueces utilizan derecho foráneo (precedentes jurisprudenciales en el estudio), se presenta el “cherry picking”. Es decir, la selección responde a criterios de utilidad en contextos y sistemas totalmente diversos, donde además no existe justificación alguna.<sup>188</sup>

##### **5. No existe un único método a través del cual las Cortes Constitucionales locales puedan usar o incorporar derecho foráneo en su jurisprudencia**

Luego de exponer y analizar el debate relacionado con lo que hemos denominado la “*legitimidad*” del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, a continuación, corresponde ilustrar una tercera etapa de discusión atinente al “*método*” empleado por los jueces para materializar este fenómeno. De manera extendida, se ha discutido por parte de la doctrina si la acción de incorporar derecho foráneo se hace necesariamente a través del método de derecho comparado, o por el contrario, puede realizarse de forma independiente.

Para comprender la relación entre el uso de derecho foráneo en sede judicial, y el derecho comparado y su método, es útil realizar la siguiente precisión conceptual. En primer lugar, se tratará de definir brevemente qué es el derecho comparado a partir de su origen y evolución general, para luego hacer lo propio sobre su método de estudio, teniendo en cuenta sus alcances y características. En segundo lugar, intentar ilustrar la evolución que ha tenido este derecho dentro del derecho constitucional para finalmente analizar la mencionada discusión en torno al “*método*” empleado por los jueces para usar o incorporar el derecho foráneo.

Dicho lo anterior, y de acuerdo con Pegoraro y Rinella, se ha discutido mucho si el derecho comparado es una ciencia o un método para estudiar las distintas materias jurídicas.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> GROPPi, T., PONTFOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Pág. 422. Esta misma postura y conclusión puede verse en el Juez, Albie Sachs, de la Corte Constitucional de Sudáfrica citado en este artículo: BENTELE, U. *Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's experience with Comparative Constitutional Law*. Georgia Journal of International and Comparative Law No. 37. 2009. Págs. 219-239.

<sup>189</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Págs. 1-43.

Andenas y Fairgrieve, por ejemplo, lo definen como una disciplina académica.<sup>190</sup> Según Boggetti, el derecho comparado, en su definición más amplia y general, vendría siendo un “instrumento de investigación universal e insustituible en el ámbito de cualquier fenómeno jurídico”.<sup>191</sup>

En todo caso, un punto de partida necesario para el análisis de esta cuestión se ubica en el Congreso Mundial de Derecho Comparado de París en 1900, bajo la coordinación de los profesores Saleilles y Lambert, donde se propuso, entre otras cosas, la creación de un derecho común para la humanidad. La doctrina suele relacionar este Congreso con el nacimiento oficial del derecho comparado como una ciencia jurídica que dispone de un método particular.

Así lo afirma Somma, por ejemplo, quien describe que este derecho nació “al acreditarse como un campo del saber crítico respecto del positivismo legislativo y sus dogmas”.<sup>192</sup> Respecto a su método, expone que intenta ensanchar el concepto del derecho y analizar los datos jurídicos a la luz de los que pueden ser extrajurídicos o estar por fuera del derecho. De igual forma, sostiene que “el derecho comparado es a su vez un instrumento de conocimiento crítico del derecho producido en cada ordenamiento”.<sup>193</sup>

En igual sentido lo afirma López Medina, quien sostiene que el Derecho comparado como ciencia nace al inaugurarse el S.XX en el mencionado Congreso de París, y en el cual Lambert destacó varias ideas o funciones en torno al derecho comparado como ciencia jurídica que siguen perviviendo en la actualidad. Éstas buscaban en su momento, la creación de un derecho común para la humanidad, que pudiera tener una aplicación global con independencia del derecho producido en cada ordenamiento.<sup>194</sup>

Entre ellas, López destaca “el derecho comparado como un medio para mejorar el derecho interno a través de reformas legales, al valerse de experiencias comparadas de otros Estados lo que permite realizar verdaderos *trasplantes normativos*; en segundo lugar, el derecho comparado como instrumento para *fecundar* el derecho nacional sin necesidad de un

---

<sup>190</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Pág. 30.

<sup>191</sup> CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G.F. *Diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 10.

<sup>192</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 150.

<sup>193</sup> *Ibíd.*

<sup>194</sup> LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*. Óp. Cit. Pág. 118. A pesar de esta postura, autores como Hirschl remontan sus orígenes a los trabajos de Gottfried Wilhelm Leibniz de 1667, cuando ya planteaba un “*theatrum legale mundi*” (teatro del mundo jurídico) con un derecho común para las personas de todos los lugares y todos los tiempos. HIRSCHL, R. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*. Óp. Cit. 344-345.

trasplante, al ser utilizado como guía interpretativa hacia mejores resultados normativos; y en tercer lugar, como un medio para probar que las diferencias entre los sistemas jurídicos son superficiales y que en realidad existe un derecho común de la humanidad o legislativo común”.<sup>195</sup>

En cuanto a su objeto de estudio, autores como Sacco propusieron que “debía centrarse en los formantes legales de cada sistema jurídico, entendidos éstos, como los diferentes componentes del derecho aplicable en dicho sistema”.<sup>196</sup> Así, para este autor es posible identificar distintos tipos de formantes, tales como el legal, a partir de las reglas creadas por el Legislador; el doctrinal, creado por los preceptos y estudios de la doctrina; y el jurisprudencial, derivado de la jurisprudencia emitida por los jueces. De acuerdo con lo anterior, Sacco considera que “el derecho comparado debe ocuparse de encontrar las semejanzas y diferencias entre dichos formantes”.<sup>197</sup>

Siguiendo el objeto de estudio propuesto por Sacco, Pegoraro y Rinella definen los formantes legales como “los diferentes conjuntos de reglas y disposiciones que contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo en un lugar y momento determinado”, y entre todos los formantes, solo los activos o dinámicos producen derecho autoritativo, tales como la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.<sup>198</sup> Existen también los “criptotipos” entendidos como formantes no verbalizados que están fuera del derecho positivo, ya que son reglas y usos de los cuales no se está plenamente consciente.<sup>199</sup>

Graziadei, por su parte, sostiene que el objeto del estudio del derecho comparado se centra en “los trasplantes y las recepciones” del derecho por los diversos ordenamientos.<sup>200</sup> No obstante, precisa que este objeto se convirtió en uno de estudio frecuente por los comparatistas en las últimas tres décadas fruto de las transformaciones que ha sufrido el derecho gracias la globalización y la tecnología.<sup>201</sup>

En cuanto al método utilizado por este derecho, Pegoraro y Rinella afirman que podría definirse como “la comparación entre las soluciones normativas adoptadas por diversos ordenamientos jurídicos en respuesta a un problema jurídico en particular más o menos

---

<sup>195</sup> *Ibíd.* Pág. 138-142.

<sup>196</sup> SACCO, R. *Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law*, Am. J. Comp. Law, 39, 1991. Págs. 1-34, 343-402.

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Págs. 1-43.

<sup>199</sup> *Ibíd.*

<sup>200</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 442-474.

<sup>201</sup> *Ibíd.*

parecido creado por el desarrollo social, económico y político (...)”.<sup>202</sup> Cuando esta comparación se hace a partir de todo el sistema jurídico se habla de macro comparación, en cambio cuando se hace en un aspecto o norma particular, se habla de micro comparación.<sup>203</sup>

Para estos autores, la distinción entre derecho comparado y derecho extranjero es necesaria para comprender cabalmente el mencionado método, pues no sólo suelen confundirse, sino también equipararse. En el derecho comparado se busca encontrar estrictamente las semejanzas y diferencias que pueden existir entre los distintos formantes legales de uno o varios ordenamientos jurídicos. Contrario sensu, en el derecho extranjero se busca reconstruir o ilustrar los formantes legales de un ordenamiento jurídico en concreto sin compararlos propiamente con ningún otro.<sup>204</sup>

De igual forma lo sostienen Andenas y Farigrievé, al explicar que en el derecho comparado se hace propiamente una comparación, y se encuentran diferencias y semejanzas entre dos o más sistemas jurídicos (macro comparación); o entre dos instituciones o reglas (micro comparación). Por su lado, en el derecho extranjero se exponen las características del derecho aplicable en determinado ordenamiento jurídico, y se da información sobre él sin llegar a realizar algún tipo de comparación.<sup>205</sup>

A partir de esta distinción, Pegoraro y Rinella afirman que al examinar o reconstruir el derecho extranjero de un sistema jurídico en particular no se está haciendo uso del método del derecho comparado como ciencia, aunque estarían de acuerdo con que dicha reconstrucción o ilustración es un presupuesto necesario para iniciar la comparación. Es por ello que, para estos autores, no puede existir derecho comparado sin la debida realización de una comparación propiamente dicha, que logre identificar las semejanzas y diferencias entre dos o más formantes legales.<sup>206</sup>

Asimismo, Rolla y Ceccherini exponen que este método “(...) presupone la comparación de datos encontrados y analizados de varios sistemas jurídicos para luego ser valorados críticamente por el comparatista, con el fin de encontrar diferencias y semejanzas en la forma de regular una institución jurídica o darle solución al mismo problema”.<sup>207</sup> Estos

---

<sup>202</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Pág. 11.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> *Ibíd.* Pág. 27.

<sup>205</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Pág. 50.

<sup>206</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Pág. 11.

<sup>207</sup> Sobre el requisito de la homogeneidad, estos autores afirman que resulta indispensable realizar una comparación, toda vez que su objeto debe provenir de culturas y sistemas jurídicos similares, por ejemplo, del

autores toman como presupuesto la homogeneidad de los sistemas o instituciones jurídicas para efectuar dicha comparación, y a su vez, diferencian el derecho comparado del derecho extranjero como tal.

No obstante estas posturas, que podrían constituirse como las mayoritarias, para autores como Sacco y Somma, el hecho de que un jurista intente explicar, traducir y homologar instituciones de derecho extranjero es constitutivo de utilizar el método del derecho comparado ya que “identifica la expresión del ordenamiento propio que considera más apta para rendir el sentido de la expresión del ordenamiento ajeno, pues se esfuerza en encontrar correspondencias entre categorías irreductibles”.<sup>208</sup>

Según Somma, la mera actividad reconstructiva y explicativa de derecho extranjero es ya una aplicación del recurso a la comparación, pues “(...) se ejerce recurriendo a conceptos tomados en préstamos de un ordenamiento distinto al ordenamiento del que provienen los conceptos descritos”.<sup>209</sup> Por lo anterior, este autor concluye que esta confrontación que se hace con el derecho extranjero sí es derecho comparado, sólo que ha sido estigmatizada por muchos autores por la no científicidad del método.<sup>210</sup>

Otros autores como Örüciü, se preguntan sobre qué debe entenderse por el método de derecho comparado y cómo puede llevarse a cabo la comparación. Concluye que “no existe un único método o alcance que se le pueda dar al mismo, pues podría concretarse en varios campos o variantes, tales como la empírica; la investigación descriptiva; o cómo forma de adquirir nuevos conocimientos”.<sup>211</sup> Agrega que puede haber multiplicidad de enfoques de cómo abordar el derecho comparado, y que cada uno de ellos debería ser utilizado para un determinado propósito.

En cuanto al rol del comparatista, Bognetti, por ejemplo, describe que debe comportarse como un historiador. Es decir, estando atento a contar los hechos normativos acaecidos, excluyendo cualquier intención de manipularlos o modificarlos.<sup>212</sup> Por otro lado, Somma, indica que el comparatista más que el “(...) derecho examina la experiencia jurídica, tanto su

---

Civil Law. De lo contrario, al ser los sistemas e instituciones tan diferentes, no se hace una comparación, sino una descripción de derecho extranjero. Sin embargo, sí puede compararse por ejemplo el Civil Law con el Common Law, porque su origen viene de la misma corriente del constitucionalismo del S. XVIII. ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 12-13.

<sup>208</sup> SACCO, R. *Introduzione al Diritto Comparato*. Utet, Turín. 1991, Págs. 40 y Ss, citado por SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 50.

<sup>209</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 50.

<sup>210</sup> *Ibid.*

<sup>211</sup> ÖRÜCÜ, E. *Methodological Aspects of Comparative Law*. 8 Eur. Journal of Law. 2006. Pág. 32-33.

<sup>212</sup> CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G.F. *Diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 10.

dimensión empírica como en su esencia de práctica discursiva”.<sup>213</sup> Al final lo que busca el comparatista, sin que pueda entenderse como un único fin, es encontrar semejanzas y diferencias entre las regulaciones, el derecho en general o de dos o más objetos cotejados.<sup>214</sup>

Según Somma, el comparatista tiene un punto de vista externo del derecho, lo que lo lleva a ser un observador externo y generalmente a estudiar aquellas fuentes que por ejemplo en los países del Civil Law no son primigeniamente consideradas como vinculantes sino como auxiliares, tales como la jurisprudencia y la doctrina, las cuales fueron contempladas inicialmente como “meras reproductoras de las palabras del legislador”.<sup>215</sup> De acuerdo con Pegoraro y Rinella, el comparatista debe ir más allá del “derecho en los libros” y analizar la verdadera operatividad del sistema o norma en comparación. El comparatista busca los “criptotipos” (aplicaciones escondidas de las normas) y analiza sus consecuencias.<sup>216</sup>

Por otro lado, y como ya se había anticipado al describir los orígenes del derecho comparado, éste pretendió la creación de un derecho común para la humanidad, el cual pudiera tener una aplicación global con independencia del derecho producido en cada sistema jurídico. Según López Medina, esta pretensión se vio frustrada por las dos guerras mundiales y la posterior guerra fría que polarizó al planeta. Por ello, los estudios de derecho comparado se centraron en el derecho privado, y sólo hasta después de la caída del muro de Berlín, que puso fin a dicha guerra, comenzaron a extenderse en mayor medida a otras ramas del derecho, como la del constitucional.<sup>217</sup>

Según Pegoraro y Rinella, sigue existiendo confusión entre los constitucionalistas en cuanto a los estudios que se realizan de derecho extranjero y de derecho comparado. Estos autores afirman que “el derecho comparado cumple una función auxiliar para el derecho constitucional que le puede ayudar a entender el ordenamiento nacional y viceversa”.<sup>218</sup> Asimismo, sostienen que “los derechos nacionales se vuelven auxiliares para el comparatista para entender los distintos ordenamientos”.<sup>219</sup>

Un punto de partida para comprender esta relación entre el derecho comparado y el derecho constitucional es la obra “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un

---

<sup>213</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 12.

<sup>214</sup> *Ibíd.*

<sup>215</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 26.

<sup>216</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Pág. 11.

<sup>217</sup> LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*. Óp. Cit. Págs. 142-143.

<sup>218</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Págs. 24.

<sup>219</sup> *Ibíd.*

catálogo de problemas”, de Peter Häberle, publicada a finales del Siglo XX cuando precisamente empezaba a conocerse globalmente el fenómeno del uso de derecho foráneo en sede judicial. En ella se planteó la existencia de la “comparación constitucional cultural” como un nuevo método de interpretación, adicional a los cuatro tradicionales utilizados hasta entonces, estos eran, el gramatical, histórico, del contexto y el finalístico.<sup>220</sup>

Como antecedente de esta propuesta, el mismo autor, en la obra “El concepto de derechos fundamentales” había manifestado estar de acuerdo con que “los jueces constitucionales utilizaran el recurso al derecho comparado para tomar y fundamentar sus decisiones locales, ya que contribuiría en el progreso de la cultura constitucional”.<sup>221</sup> Incluso planteó la existencia de un nuevo derecho constitucional al que llamó “cooperativo”, como resultado de los procesos de integración regional e internacionalización.<sup>222</sup>

No obstante, su postura no tardó en generar fuertes detractores como Bockenforde, quien afirmó que los jueces constitucionales no podían utilizar el derecho comparado para tomar decisiones locales, ya que esto llevaría a la disolución completa de la normatividad de la Constitución de cada ordenamiento.<sup>223</sup> Frente a lo anterior, doctrinantes como Somma, han sostenido que si los legisladores están legitimados para inspirarse en la codificación de otros países, lo mismo deberían hacer las Cortes con la jurisprudencia de sus homólogos.<sup>224</sup>

A pesar de lo anterior, autores como Burgorgue-Larsen, han sostenido que la propuesta de Häberle sobre el nuevo método de interpretación para el derecho constitucional, dio origen al llamado “diálogo judicial”, el cual pudo materializarse a través del derecho comparado.<sup>225</sup> Según lo afirma Haberl, desde 1949 Zweigert había catalogado a la comparación como el

---

<sup>220</sup> HÄBERLE, P. *Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. Óp. Cit. Págs. 379-411. No obstante, autoras como Groppi, afirman que ya desde 1992 en su obra “Derecho comparado en el campo de fuerza de Estado constitucional”, ya podía ver reflejada esta postura. HÄBERLE, P. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1992, citado por GROPPi, T. *¿Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Pág. 1.

<sup>221</sup> HÄBERLE, P. *El concepto de derechos fundamentales*, en SAUCA, J. (Ed.) *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. 1993. Pág. 109 y ss.

<sup>222</sup> *Ibíd.*

<sup>223</sup> BOCKENFORDE, E.W. *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*. Bruxelles-París, Bruylant-LGDJ. 2000. Págs. 235 y ss.

<sup>224</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Págs. 70-72.

<sup>225</sup> “Se puede considerar que el derecho constitucional europeo o el “constitucionalismo europeo” tiene que ver con la creación de un *ius commune* tanto en lo que concierne a las modalidades de ejercicio del poder como a la protección de los derechos fundamentales en la Europa de los veintisiete para, al fin y al cabo, limitar el poder político por la fuerza del Derecho”. BURGORGUE-LARSEN, L. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. Versión provisional*. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. San Sebastián, Donostia, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.acoes.es/>



“método interpretativo universal”, y luego Häberle, a finales de los años ochenta, lo propuso como el quinto método interpretativo adicional a los cuatro existentes.<sup>226</sup>

De igual forma lo afirma Galdamez, quien sostiene que lo que comenzó como un uso extendido del derecho comparado como ciencia y nuevo método de interpretación para el derecho constitucional, terminó creando un “derecho y una cultura legal común”. En principio, el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes locales se daba en el seno del ejercicio de un método o de una técnica, pero hoy es una realidad como fenómeno.<sup>227</sup>

Esta misma autora, agrega que, debe distinguirse entre el diálogo judicial, donde existe un derecho común sobre el cual se puede dialogar, y la técnica o el método del derecho comparado donde no hay derecho común para dialogar.<sup>228</sup> Por lo anterior el uso de derecho foráneo estaría mucho más cercano al derecho comparado que al diálogo judicial propiamente dicho.

Por otro lado, Andenas y Fairgrieve destacan el rol que ha ocupado el derecho comparado para las Cortes locales en las últimas décadas, al convertirse no sólo en una herramienta de uso frecuente y común, sino en una fuente de derecho más para su actividad judicial. Entre las causas que explican este uso extendido, describen “la flexibilización del sistema de fuentes internas” por el cual se rigen los jueces, el cual ha tenido una apertura al derecho internacional y foráneo; y “la comprensión a la que han llegado los jueces sobre problemas comunes similares a resolver”.<sup>229</sup>

Según estos autores, la aplicación y el alcance del método de derecho comparado en sede judicial es controversial y sigue abierto a la discusión. Por un lado, se discute si los jueces deben ser estrictos y precisos al momento de utilizar este método, o, por el contrario, las simples citas aisladas de derecho extranjero podrían considerarse un uso tenue o moderado del derecho

---

<sup>226</sup> ZWEIGERT, K. *Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode*. 15 Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. 1949. Pág. 5; HÄBERLE, P. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfte” Auslegungsmethode*. 44 JZ. 1989. Pág. 913, citado por HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Pág. 301.

<sup>227</sup> Al estudiar el caso chileno, esta autora afirma que cuando el Tribunal Constitucional de este país utiliza derecho foráneo está haciendo derecho comparado, pero no un diálogo judicial porque no hay derecho común. Más aún si se tiene en cuenta que las fuentes que más se citan no son latinoamericanas sino las europeas. GALDÁMEZ, L. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010. Más derecho comparado y menos diálogo interjudicial*. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 No. 1, 2012, pp. 189 – 223.

<sup>228</sup> *Ibíd.*

<sup>229</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 26-29.

comparado. Con independencia de lo anterior, estos autores afirman que “el método del derecho comparado puede ser utilizado en sede judicial en cualquier ámbito jurídico, bien sea en el derecho nacional, internacional o extranjero”.<sup>230</sup>

Asimismo, describen sus funciones en sede judicial así: “1) otorgar soporte o apoyo para constituir una o varias reglas; 2) brindar determinación y claridad al derecho nacional a partir de un modelo externo; 3) verificar asunciones de hecho respecto de las consecuencias legales; 4) comprobar la aplicabilidad de una regla universal; 5) llevar autoridad en el ámbito local; 6) resolver problemas en la aplicación del derecho internacional respecto del derecho interno cuando se trate de derecho humanos”.<sup>231</sup>

Con base en lo expuesto, pueden constatarse diversas posturas en la doctrina sobre si el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales no es otra cosa que el empleo extendido del derecho comparado, o por el contrario su existencia y aplicación es independiente. De igual modo, se ha dicho que, de ser independiente, la forma o el vehículo más apropiado para llevarlo a cabo sería el método del derecho comparado. Por el contrario, hay quienes afirman que tiene plena aplicación sin emplear este o cualquier otro método en particular.

Hechas estas precisiones, se ha elaborado y agrupado en cuatro tesis los argumentos más relevantes que en nuestra consideración exponen la discusión en torno al “método” que siguen, deben o pueden seguir los jueces constitucionales locales al momento de utilizar derecho foráneo, y de esa manera poner en marcha o iniciar la posible materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales. Éstas se describen a continuación con los respectivos autores que las exponen.

1) *Tesis de la no distinción o método específico.* Esta tesis puede encontrarse en autores como Groppi, Ponthoreau, Bentele, Polacchini, Sarra y Saunders, quienes exponen que no existe un método unificado en sede judicial cuando se trata de citar, usar o incorporar derecho foráneo.<sup>232</sup> Para llegar a esta conclusión, Groppi y Ponthoreau, por ejemplo, partieron de la

---

<sup>230</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Pág. 50.

<sup>231</sup> *Ibíd.*

<sup>232</sup> GROPPY, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Pág. 422-423. Esta misma tesis es soportada por el Juez Albie Sachs, de la Corte Constitucional de Sudáfrica citado en este artículo: BENTELE, U. *Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's experiencia with Comparative Constitutional Law*. Georgia Journal of International and Comparative Law No. 37. 2009. Pág. 219-239; POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 849-850.

pregunta de si los jueces pueden ser calificados como comparatistas, y si en efecto utilizan el método del derecho comparado.

Las autoras concluyen que éstos no son comparatistas y en consecuencia, que tampoco utilizan este método de manera científica, con excepción de algunas Cortes como la sudafricana y la canadiense, que sí tienden a realizar una contextualización de las citas de acuerdo al sistema legal al que pertenecen y hacen la distinción del caso que citan de acuerdo al sistema de origen, acercándose mucho al método de derecho comparado.<sup>233</sup>

Por el contrario, en la mayoría de los casos las Cortes Constitucionales locales utilizan jurisprudencia y derecho foráneo en general, para hallar una solución a sus casos sin ser conscientes y desear explicar el contexto al cual pertenecen. Mucho menos brindar una justificación al respecto. Por ello la conclusión general a la que llegan Groppi y Ponthoreau luego de una investigación cuantitativa es que la mayor parte de las veces se presenta el ya explicado fenómeno del “cherry picking”.<sup>234</sup>

De igual forma, Sarra sostiene que el uso de jurisprudencia y derecho foráneo por parte de las Cortes locales se puede estudiar de varias maneras y a partir de distintos métodos interpretativos. En este fenómeno pueden presentarse desde incorporaciones de simples argumentos de jurisprudencia, hasta la incorporación de doctrinas y precedentes con el debido análisis del contexto. Por lo anterior se presentan problemas de cómo “justificar *qué elegir* para el caso, y *qué resulta relevante* para el mismo”. También destaca que generalmente existe muy poca justificación de las fuentes foráneas en las decisiones judiciales.<sup>235</sup>

Saunders describe que el problema del método genera al menos dos dificultades. La primera hace alusión al “significado”, y se refiere a que cuando se cita derecho foráneo no siempre se usa con precisión el método del derecho comparado, pues los jueces no estudian el contexto, los principios, valores, las creencias, la cultura, el sistema jurídico y las características propias del ordenamiento de dónde toman este derecho. Por eso concluye, que la mayor parte de las veces los jueces toman la fuente que les sirve para argumentar o solucionar el caso,

---

<sup>233</sup> GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Pág. 422-423.

<sup>234</sup> *Ibíd.*

<sup>235</sup> SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*, Óp.Cit. Pág. 479, 485, 486.

creyendo que pueden estar utilizando el método de derecho comparado, pero en realidad no es así.<sup>236</sup>

La segunda dificultad es la “elección de las Cortes” de dónde se toma el derecho. Saunders afirma que “las Cortes son tan diferentes entre sí, que sería muy difícil justificar científicamente la comparación, lo que además torna casi que inutilizable el método”.<sup>237</sup> Esto genera, en consecuencia, que se posicione en mayor medida el fenómeno del “Cherry Picking” con el cual este autor está de acuerdo y encuentra aspectos positivos al respecto como el aumento de soluciones comparadas posibles para las decisiones judiciales.

De igual forma, Pegoraro y Zeno-Zencovich afirman que “las citas de derecho foráneo en sede judicial podrían ser el primer paso para aplicar el método de derecho comparado, pero que no podría reducirse a él, toda vez que se requiere el seguimiento estricto de una cantidad de supuestos metodológicos que incluso pueden ser inadecuados para la labor judicial”.<sup>238</sup> De forma similar lo sostienen Andenas y Fairgrieve, quienes afirman que el método del derecho comparado es sólo un medio a través del cual puede estudiarse el fenómeno del uso de derecho foráneo en sede judicial.<sup>239</sup>

2) *Tesis del método comparado como herramienta justificativa y probatoria.* Esta tesis puede encontrarse principalmente en Somma, quien sostiene que “el uso de la comparación jurídica es una estrategia justificativa y probatoria (como prueba de que hay un concepto acentuado y aplicable en otro lado) que utilizan los jueces, dirigida a aceptar una cierta solución de otro ordenamiento jurídico al caso concreto”.<sup>240</sup> Por ende el fenómeno del uso de derecho foráneo en sede judicial sería aplicable a través de este método, o al menos sería el vehículo ideal para hacerlo.

3) *Tesis del uso del método de derecho comparado para resolver los casos.* Graziano afirma que el “derecho comparado está siendo reconocido, cada vez más, como punto de

---

<sup>236</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. GINSBURG, T.; DIXON, R. *Comparative Constitutional Law*. Óp. Cit. Pág. 586.

<sup>237</sup> *Ibíd.* Pág. 587.

<sup>238</sup> PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Óp. Cit. Pág. 27; ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 458.

<sup>239</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Pág. 31.

<sup>240</sup> SOMMA, A. *Uso complementare della comparazione*, en AA.VV. *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, en *Quad. Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile* No. 7, 2004, Pág. 33. Ver igualmente SOMMA, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Óp. Cit.

referencia esencial para el proceso de decisión judicial”.<sup>241</sup> Igualmente, agrega que hoy el derecho comparado se ha convertido en una fuente del derecho adicional para la actividad judicial, siendo un vehículo para la aplicación del derecho foráneo por parte de las Cortes locales. Respeto a esto último, concluye que, como el derecho y la jurisprudencia foránea no son vinculantes para el juez local o doméstico, y su carácter es de mera “autoridad persuasiva”. Esta postura puede encontrarse también en Mak y Fentiman.<sup>242</sup>

4) *Tesis del “uso escondido o inconsciente del derecho comparado”*. Autores como Bentele, Dupré, Zeno-Zencovich, Geoffrey y Ridola sostienen que muchos Tribunales locales extienden una aplicación escondida o material del derecho foráneo, consistente en incorporar y utilizar cualquier tipo de fuente de derecho foráneo de forma escondida o inconsciente sin ningún tipo de método en particular. Afirman que este fenómeno tiene lugar en mayores proporciones y ocurre con más frecuencia que el que se realiza de forma explícita, pero su estudio es mucho más complejo incluso a través de las herramientas del derecho comparado. No obstante, esta sería otra de las formas a través de las cuáles se puede materializar el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales.<sup>243</sup>

## 5.1 Conclusión y valoración personal

Cómo ha podido presentarse en este acápite, la discusión en torno al “método” es un poco menos intensa que la referente a la “legitimidad” ilustrada en el acápite anterior. Esto se debe, entre otras cosas, a que podría resultar mucho más sensible para los ordenamientos jurídicos y las Cortes locales, decidir si realizan una práctica cuya legitimidad ha sido puesta en duda, que examinar cómo se lleva a cabo. Esto conduciría a que también se pusiera en tela de juicio la legitimidad misma del Tribunal como lo señalaba Rosenkrantz.

---

<sup>241</sup> GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Pág. 40-42.

<sup>242</sup> MAK, E. *Comparative Law before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands: an empirical and comparative analysis?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Págs. 407-432; FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts: A common Law Perspective?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Págs. 79-102.

<sup>243</sup> GEOFFREY, S. *Comparative Law and the Courts: what counts as comparative law?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Courts and comparative law. Óp. Cit. Págs. 54-64; DUPRÉ, C. *Importing Law en Post-Communist Transitions*, Oxford, 2003; BENTELE, U. *Mining for Gold: the Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law*. Óp. Cit. Pág. 219. De igual forma, esta tesis puede encontrarse en las siguientes obras: “B. Flanagan, S. Ahern, *Judicial Decision-Making and Transnational Law: A Survey of Common Law Supreme Court Judges*, ICLQ, 2011, p. 1; E. Mak, *Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?*, CLJ, 2011, p. 420; D. S. Law, W. C. Chang, *The Limits of Global Judicial Dialogue*, cit. supra nota 4”, citado por GROPPI, T., LECIS COCCO-ORTU, AM. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?* Revista de Derecho Político N.º 91, septiembre-diciembre 2014, págs. 183-230. ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 449-461.

No obstante, lo anterior, el problema sobre la legitimidad no le ha restado importancia al del método. Por el contrario, podría convertirlo en el centro de discusión de aquellas Cortes y ordenamientos que han tomado acciones conducentes a materializar el fenómeno del *uso voluntario de derecho foráneo* o la Migración de Ideas Constitucionales, si utilizamos el marco teórico propuesto.

En este orden de ideas, la doctrina se ha preguntado si la acción de incorporar este tipo de derecho debe (o debería) realizarse a través del método del derecho comparado, o, por el contrario, su operatividad es independiente. Como lo manifestaban Andenas y Fairgrieve, la aplicación y el alcance del método de derecho comparado en sede judicial sigue siendo controversial y se encuentra abierto a la discusión. Por un lado, se discute si los jueces deben ser estrictos y precisos al momento de utilizar este método, o, por el contrario, las citas aisladas de derecho extranjero podrían considerarse un uso tenue o moderado del derecho comparado.

Para entender este problema, resulta clave la distinción que hacen distintos autores entre derecho extranjero y comparado. Según Pegoraro y Rinella, entre otros, la reconstrucción de derecho extranjero sería apenas el primer paso para emplear el método de derecho comparado, pero no podría reducirse a ello. Por el contrario, doctrinantes como Sacco y Somma, estarían de acuerdo en que dicha reconstrucción podría llegar a constituirse como una aplicación del derecho comparado.

Para el derecho constitucional, la obra de Häberle marcó un hito importante en la propuesta de un nuevo método de interpretación judicial llamado la “comparación constitucional cultural”, el cual, según sostiene Burgogue-Larsen, dio origen al posteriormente llamado “diálogo judicial”. Recuérdese que es a partir de esta tipología inicial de “diálogo” que luego la doctrina del derecho constitucional comparado empezó a buscar nuevas teorías y metáforas que permitieran distinguir dicho diálogo del uso del derecho foráneo en sede judicial, como ya se ha explicado a lo largo de este primer Capítulo.

Lo anterior podría ser indicativo de la estrecha relación existente entre el método del derecho comparado y nuestro objeto de estudio, lo que implicaría, entre otras cosas, que al menos los jueces realicen comparaciones entre las soluciones judiciales que sus colegas han dado en distintos sistemas jurídicos, explicando su contexto y justificando porque dicha solución es aplicable al ordenamiento local como lo señalaba Bognetti.

Sin embargo, lo que logramos analizar de las distintas tesis expuestas es que no existe un método unificado para aplicar derecho foráneo en sede judicial, lo que eventualmente podría

convertirse en la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales. Por el contrario, hay jueces que hacen realidad este fenómeno a través del “Cherry Picking”; otros por medio de diversos métodos interpretativos que incluso van hacia un uso material o escondido del derecho difícil de detectar pues no hay ningún tipo de cita. No obstante, autores como Somma, Graziano, Mak y Fentiman proponen que es el método de derecho comparado el indicado para hacerlo.

En cuanto a nuestra valoración personal al respecto, consideramos que, si bien la discusión del “método” es muy relevante para el estudio del uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales, resulta independiente de su aplicabilidad. El método que escoja el juez es irrelevante para que eventualmente una idea o fuente jurídica pueda migrar, pues simplemente se necesita un acto voluntad precedido del conocimiento de ésta.

Con independencia del método escogido en sede judicial para incorporar derecho foráneo a una decisión o caso, consideramos que los jueces deben realizar un esfuerzo por analizar o examinar los distintos contextos de los sistemas jurídicos en los cuales se ha producido este derecho, y, además, realizar una justificación de dicha incorporación. De igual forma, somos partidarios de la tesis expuesta por Sacco y Somma, la cual sostiene que la reconstrucción de derecho extranjero por un jurista u operador judicial es constitutiva de la aplicación del método de derecho comparado.

Por otro lado, prueba de que los jueces no son científicamente comparatistas, y que con independencia del método utilizado las ideas logran migrar de un lugar a otro, son los resultados a los que llegaron Groppi y Ponthereau, al preguntarse si en la aplicación de precedentes jurisprudenciales foráneos los jueces locales utilizaban o no, el método del derecho comparado.

Estos arrojaron que sólo algunas Cortes Constitucionales como la canadiense y la sudafricana, tenían una tendencia a justificar y explicar los contextos del ordenamiento jurídico de donde tomaban el derecho foráneo aplicable al caso en concreto, así como a exponer sus semejanzas y diferencias. Por el contrario, la generalidad de las Cortes carece de la aplicación estricta o científica de este método y se centra en el uso del “Cherry Picking”.

Dado que existe una mediana claridad en este último aspecto, nuestra posición hace referencia a que los jueces deberían ser comparatistas cuando se trate de utilizar o incorporar derecho foráneo en sus fallos locales. Hacemos alusión a un plano ideal, dado que, en virtud de la autonomía interpretativa y judicial, no es posible, al menos desde la academia, obligar a los jueces a que usen determinados métodos interpretativos en la resolución de sus casos.

A pesar de que sería una labor mucho más rigurosa y que requeriría una gran carga argumentativa y de conocimientos, esto aumentaría su legitimidad, ya que como bien lo señaló Choudhry, siguiendo Bickel, las Cortes Constitucionales son poderes contramayoritarios que obtienen su legitimación en virtud de la debida justificación sus fallos. Adicionalmente, y si bien se discute sobre la cientificidad del método de derecho comparado en sede judicial, el uso de derecho foráneo o extranjero, al igual que en la comparación, vendría siendo el presupuesto necesario para materializar el fenómeno de la migración de ideas constitucionales.

Finalmente, otro marco de análisis podría ser que, siguiendo a Somma,<sup>244</sup> de acuerdo con los estudios de Groppi y Ponthereau, los jueces pueden hacer buenas o malas comparaciones porque su método no es totalmente científico. En palabras de Pegoraro, los jueces estarían apenas dentro del primer paso de la comparación científica que sería reconstruir el derecho extranjero a través de una cita aislada.

---

<sup>244</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 50.



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

**Las Cortes Constitucionales locales han adoptado distintas posturas frente al fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales**

## **INDICE DE CAPÍTULO**

### Introducción

**1.** Las Cortes Constitucionales locales actuales trabajan como una empresa o comunidad global que desea cumplir objetivos similares

#### **1.1** Conclusión y valoración personal

**2.** A pesar de plantearse la existencia de una empresa comunidad global común conformada por las distintas Cortes Constitucionales locales, no podría hacerse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC

**2.1** La postura *restrictiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por limitar o restringir la aplicación del fenómeno de la MIC

**2.2** La postura *permissiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por aplicar o fomentar la aplicación del fenómeno de la MIC

**2.3** La postura *intermedia o ambigua* de algunas Cortes Constitucionales que no han optado por darle una aplicación directa y reiterada al fenómeno de la MIC

#### **2.4** Conclusión y valoración personal

**3.** La Corte Suprema de Justicia norteamericana puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que han limitado la aplicación del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales en su jurisprudencia

#### **3.1** Conclusión y valoración personal

**4.** La Corte Constitucional de Sudáfrica puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que están de acuerdo con el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales y que le han dado aplicación en su jurisprudencia

#### **4.1** Conclusión y valoración personal

**5.** 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

#### **5.1** Conclusión y valoración personal

**6.** Existen causas y usos comunes a las Cortes Constitucionales locales, que pueden explicar por qué y para qué propician la materialización del fenómeno de la MIC

#### **6.1** Conclusión y valoración personal

## Introducción

El presente Capítulo pretende ilustrar y analizar cómo algunas Cortes Constitucionales locales han materializado el fenómeno de la migración de ideas constitucionales, -en adelante, fenómeno de la MIC-, o en su defecto, lo han restringido.<sup>245</sup> En particular, se dará especial atención al caso de la Corte Constitucional colombiana por ser nuestro objeto de estudio, y toda vez que no se pretende realizar una comparación jurídica, en sentido estricto, entre los distintos Tribunales y sus respectivos ordenamientos jurídicos. No obstante, para una mejor comprensión de la postura de la Corte colombiana, resulta necesario explicar las experiencias de otras latitudes sin llegar a compararlas o confrontarlas.

Dicho lo anterior, este Capítulo se encuentra integrado por seis acápite que pretenden contribuir con el cumplimiento del propósito descrito, y cuyos títulos también se encuentran contruidos por medio de premisas y no de simples enunciaciones. Cada premisa responde a un interrogante de fondo que nos ha permitido desarrollar el contenido de estos. De igual forma, y con la finalidad de no perder el hilo conductor de lo expuesto, al final de cada acápite se elaboran sendas conclusiones y se formula nuestra valoración personal al respecto.

El objetivo propuesto, así como la estructura de los distintos interrogantes y las premisas desarrolladas en el presente Capítulo, pueden circunscribirse teóricamente en el debate entre el *expresivismo* y *funcionalismo* expuesto por Tushnet. Según lo describe Landau, la actividad jurisdiccional de las Cortes puede analizarse a partir de dos corrientes teóricas: por un lado, desde lo que Tushnet denomina como *expresivismo*, consistente en que las soluciones que brindan las Cortes a los problemas jurídicos deben siempre basarse en los valores culturales y las tradiciones históricas locales. Por ende, dichas soluciones no podrían migrar, trasladarse o trasplantarse de un ordenamiento a otro.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Recuérdese que el término de “migración de ideas constitucionales” puede tener una doble connotación: por un lado, es utilizado para referirse a un fenómeno, entendido como un hecho susceptible de constatación, donde ideas constitucionales de diverso tipo fluyen de un ordenamiento jurídico a otro; y asimismo, para hacer alusión a la teoría o construcción teórica realizada por Choudhry y otros doctrinantes, que recibió el mismo nombre adoptando la metáfora de “migración” y que intenta explicar el fenómeno. Por ello, cuando nos refiramos a la primera connotación utilizaremos la acepción “fenómeno de la MIC”; y cuando hagamos referencia a la segunda, usaremos la de “teoría de la MIC”. CHOUDHRY, S. *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, en CHOUDHRY, S. (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit.

<sup>246</sup> TUSHNET, M. *The possibilities of comparative constitutional law: Some lessons from Hamdan*, Yale Law Journal 108, 6, 1999a, Págs. 1261-1285. “Tushnet también discute y defiende un tercer enfoque llamado “bricolaje”, que consiste en tomar en préstamo trozos y piezas de doctrina en forma oportunista (ibíd., 1287-1305). El bricolaje depende de una teoría acerca de cuándo y cómo es apropiado el préstamo doctrinal; dicho enfoque se beneficiaría de una fundamentación en el análisis comparado de las instituciones políticas”, citado por LANDAU, D. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. Harvard International Law Journal 51, 2, 2010. Pág. 333. El enfoque del funcionalismo también puede ser estudiado desde GRAZIADEI, M. *The Functionalist Heritage*, en LEGRAND, P., MUNDAY, R. (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and*

Por otro lado, se encuentra el enfoque que Tushnet llama como *funcionalismo*, el cual sostiene que el derecho constitucional migra fácilmente entre las fronteras nacionales, y en este sentido, las soluciones que dan las Cortes locales pueden estar basadas en fuentes jurídicas foráneas ya utilizadas por otras Cortes que han enfrentado problemas comunes. Este enfoque parte de analizar las similitudes entre distintos sistemas u ordenamientos jurídicos, para justificar ese “uso común o compartido” de las soluciones judiciales que luego se vería reflejado en la jurisprudencia de cada Corte.<sup>247</sup>

De igual forma, debe recordarse que, el marco teórico escogido para analizar cómo el derecho foráneo es utilizado por las Cortes o Tribunales Constitucionales locales, se estructura sobre la base de la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, -en adelante, teoría de la MIC-, que dogmáticamente tendría un enfoque desde el *funcionalismo* expuesto por Tushnet. Como fue descrito en el Capítulo anterior, esa teoría pretende explicar el modo en que las ideas constitucionales se trasladan de un lugar a otro sin que sea necesario algún tipo de control, seguimiento o reconocimiento de titularidad sobre las mismas. Asimismo, es su pretensión estudiar cómo la idea que migra puede cambiar, adaptarse o reinterpretarse en su lugar de destino respecto al de origen.

Resulta importante recordar que, no debe equipararse el uso aislado y voluntario de derecho foráneo por parte de una Corte Constitucional local, con la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales. Según lo expuesto en el capítulo anterior, en el primer evento, podría haber un empleo singular de una o varias fuentes de derecho foráneas a las que se les otorga una función puntual en un caso en concreto. En el segundo, por el contrario, la incorporación y posterior transformación de una o varias ideas, fuentes o doctrinas jurídicas foráneas, a través de la jurisprudencia local.

A pesar de esta diferenciación, resulta cierto que la puesta en marcha del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales parte necesariamente del uso de derecho foráneo como

---

*Transitions*, Cambridge University Press. 2003. Págs. 100-128. De igual forma, Markesinis, lo ubica desde la década de los años veinte con las obras de Ernst Rabel. MARKESINIS, B.S., *Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty Five Years*, London: Hart Publishing. 2003. Asimismo lo describe ÖRÜCÜ, E. *Methodological Aspects of Comparative Law*. 8 Eur. Journal of Law. 2006. Pág. 32-33.

<sup>247</sup> TUSHNET, M. *The possibilities of comparative constitutional law: Some lessons from Hamdan*, Yale Law Journal 108, 6, 1999a, pp. 1225-1309. “En cierta forma, el debate entre funcionalismo y expresivismo guarda correspondencia con un debate fundamental en derecho comparado entre quienes piensan que el derecho es (y debería ser) fácilmente trasplantado entre sistemas y quienes consideran que no es transplantable y está enraizado en aspectos fundamentales de la historia y la cultura de un país (ver Watson, 1993; Zweigert, 1998, y Rosenkrantz, 2003)”, citado por LANDAU, D. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. Harvard International Law Journal 51, 2, 2010. Pág. 333-334. De igual forma, puede verse brevemente esta diferencia de enfoques en FERRARI, G. *Judicial Constitutional Comparison and its varieties*. Óp. Cit. Págs. 13-14.

categoría genérica, por lo que podría establecerse una relación de codependencia. Al parecer, una cita aislada, o inclusive reiterada, no sería más que el uso particular o reiterativo de derecho foráneo. Por ello, la distinción entre uno y otro dependerá del análisis que se realice sobre la fuente jurídica foránea que pudo haber migrado a un ordenamiento jurídico particular, y que luego de su incorporación en el ámbito jurisprudencial, pudo sufrir un desarrollo o evolución y posterior aplicación.

En relación con la manera cómo puede concretarse el fenómeno de la MIC, se expuso que no había un método o vehículo único que permitiera evaluar su materialización. Por el contrario, se ilustró sobre la existencia de varias formas de concreción en sede judicial, como lo eran el uso material o escondido; el “cherry picking”; y el método de derecho comparado. Respecto de este último, se hizo énfasis en que podía llegar a ser un punto importante de contacto con la teoría de la MIC, dada su relevancia y utilidad para la actividad judicial en la actualidad.<sup>248</sup>

De acuerdo a lo anterior, la teoría de la MIC no podría reducirse o equipararse al método de derecho comparado aplicado en sede judicial, no obstante este sea uno de los medios más utilizados por los jueces para lograr que las ideas constitucionales “migren” de un ordenamiento jurídico a otro, como se verá más adelante.<sup>249</sup> Por ello, no pretendemos examinar si el juez constitucional se comporta o no como un comparatista, lo que al menos implicaría verificar la científicidad de los análisis que se realicen respecto de los contextos jurídicos, culturales y políticos de los sistemas y/o instituciones jurídicas que se comparan, con la finalidad de extender o aplicar las soluciones a sus problemas jurídicos.<sup>250</sup>

---

<sup>248</sup> GRAZIANO, Thomas. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Pág. 40-42.

<sup>249</sup> En relación con el método de derecho comparado como una herramienta interpretativa utilizada por los jueces, Brito afirma que “(...) un número importante de tribunales constitucionales han considerado al derecho comparado como una herramienta útil en sus procesos interpretativos y han comenzado a interactuar con otros órganos de control, tomando como referencia los casos resueltos en otros países y ofreciendo sus propios razonamientos para participar en un proceso de diálogo entre jueces constitucionales. Este proceso dialógico ha cobrado mayor fuerza debido a que los problemas comunes y las necesidades globales que enfrentan los Estados han hecho crecer la necesidad de conocer no sólo las reglas escritas o la doctrina que se crea en el mundo académico, sino también las reglas operacionales, los modelos de sentencia y las técnicas de razonamiento que, en el ámbito jurisdiccional, ofrecen las experiencias extranjeras”. BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Indret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril, 2010. Pág. 6.

<sup>250</sup> GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 422-423; SMORTO, G. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en Eur. dir. pri., 2010, 1, Pág. 228-229; ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffré, Milano. 2006; NUCERA, C.G. *L'influenza del précédent étranger sur le juge national*, en Dir. Imp. Europa, 2009, 1, pág. 32-40; PETRONE, E. *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana degli anni 50 ad oggi*, in Contr. Impr. Europa, 1, 2010. Págs. 184-201; BELLINI, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en Ricerche Giuridiche, 2012, 1, Pág. 138; RIVIECCIO, D. *L'uso giurisprudenziale della comparazione in ambito*

Hechas estas precisiones, el primer acápite de este Capítulo desea responder a la siguiente pregunta: ¿puede afirmarse que en la actualidad las Cortes Constitucionales locales trabajen como una empresa o comunidad global que persigue fines similares? La premisa que contesta este interrogante intenta explicar que, dados los fenómenos de la globalización e internacionalización del derecho, así como el de la era de la informática, que lograron transformar la manera cómo los jueces trabajaban, resolvían sus casos, y se comunicaban entre sí, hoy se sostiene que las Cortes locales operan bajo la estructura de una empresa o comunidad global que persigue fines similares y esto facilita la aplicación del fenómeno de la MIC.

Entre dichos fines se encontrarían la guarda y protección de la Constitución, donde a su vez confluyen dos postulados esenciales presentes en casi todas las Constituciones de las sociedades democráticas modernas. Estos son, la garantía de los derechos fundamentales; y la separación y el equilibrio de los poderes públicos.<sup>251</sup> Bajo este contexto, las Cortes locales han comprendido que, al ser parte de un poder separado o autónomo, su labor se ejerce con independencia del sistema político y del gobierno de turno, lo que facilita el tránsito o la migración de ideas constitucionales foráneas en sede judicial.<sup>252</sup>

Dicho lo anterior, este primer acápite intenta analizar si realmente puede predicarse la existencia de esta empresa o comunidad global conformada por las distintas Cortes Constitucionales, lo que en parte justificaría el intercambio de las fuentes de derecho foráneo utilizadas para resolver los casos; o en su defecto, si dadas las diferencias entre los contextos en los que se produce y aplica el derecho, no sería viable hablar de dicha empresa o comunidad, sino de muchas Cortes persiguiendo fines distintos e independientes, por lo que las soluciones a los casos judiciales deberían permanecer en cada Estado.

El segundo acápite, por su parte, desea contestar el siguiente interrogante: ¿no obstante el desempeño actual de las Cortes Constitucionales locales como una empresa o comunidad global puede predicarse también una postura unificada frente a la aplicación del fenómeno de

---

*civilistico*, en *Ricerche Giuridiche*, 2012, 1, Pág. 150; POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 849.

<sup>251</sup> Desde que se expidió la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, su Artículo 16 ha servido de base para definir los dos postulados básicos que persiguen las Constituciones modernas: la garantía de los derechos y la separación de los poderes públicos. Así se dispuso en dicha Declaración: Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Conseil Constitutionnel de la République Française. *Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*. Artículo 16. Versión online. Disponible en: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

<sup>252</sup> BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Pág. 6.

la MIC? La premisa que contesta esta pregunta intenta exponer cómo a pesar de plantearse la existencia de la denominada empresa o comunidad global, no podría hacerse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC.

Lo anterior se explica, principalmente, ya que, en el marco de sus propias tradiciones y sistemas jurídicos, las Cortes han decidido adoptar diversas posturas, las cuales pueden agruparse de la siguiente manera. En primer lugar, existen aquellas que defienden una postura que hemos denominado *restrictiva*, y que pretende limitar el uso de derecho foráneo en sede judicial e incluso prohibir su aplicación. La lista es encabezada por la Corte Suprema de los EE. UU., quien sostiene la posición más radical, y a su vez, por otras como la austriaca y el francés que son más moderados.

En segundo lugar, se encuentran aquellas Cortes que sostienen una postura que hemos catalogado como *permisiva* frente al mencionado fenómeno, la cual, entre otras cosas, se ha convertido en la posición predominante o mayoritaria a nivel global. A modo enunciativo, en este grupo se encuentran los Tribunales de Sudáfrica, Canadá, Nueva Zelanda, Israel, Reino Unido, Irlanda, Australia, Namibia, Hong Kong, la India, Suiza, Portugal, entre otros.

Por último, y también de forma enunciativa, hay un conjunto de Cortes Constitucionales como las de Italia, Alemania, Rusia, México y Japón, que representan una postura que denominamos como *intermedia o ambigua*, dado que, por su práctica judicial, no pueden ser catalogadas en ninguno de los grupos anteriores. En estas Cortes, el desarrollo del fenómeno de la MIC se caracteriza por ser implícito, esporádico e incluso negarse su aplicación, por lo que la doctrina suele clasificarlas en un grupo distinto.

En este orden de ideas, el presente acápite desea brindar un panorama general, más no exhaustivo, de las distintas posturas que han asumido algunas de las Cortes Constitucionales a nivel global, con el fin de tener un marco de análisis, más no de comparación, que luego permita examinar el caso colombiano. Del mismo modo, se hará énfasis en la exposición de dos de los casos más emblemáticos o representativos que la doctrina ha identificado de las posturas *restrictiva* y *permisiva* en el tercer y cuarto acápite respectivamente.

Dicho lo anterior, en el tercer acápite se pretende dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿existe alguna Corte local que pueda representar o simbolizar el modo cómo se ha limitado la aplicación del fenómeno de la MIC en sede jurisprudencial? La premisa que contesta esta pregunta intenta exponer cómo a pesar de plantearse la existencia de una empresa o comunidad global conformada por los distintos Tribunales locales del mundo, hay algunos que a través de

su jurisprudencia han decantado una postura *restrictiva* en la aplicación de este fenómeno por diversos motivos.

Entre todos ellos, la doctrina suele exponer el caso de la Corte Suprema de Justicia norteamericana como el ejemplo paradigmático o más representativo de dicha postura por dos razones principales. La primera, por ser el Tribunal más antiguo y de mayor tradición en el constitucionalismo moderno, y, en consecuencia, uno de los más citados e influyentes; y la segunda, por las repercusiones académicas y judiciales que tuvo el debate protagonizado por sus jueces a finales de los años noventa sobre el uso de derecho foráneo en sede judicial, como fue descrito en el primer Capítulo.<sup>253</sup>

Como fue anunciado al introducir el segundo acápite, no obstante, puedan existir otros Tribunales que defiendan posturas similares, para los efectos de este Capítulo se ha escogido el caso norteamericano para simbolizar o representar a aquellas Cortes locales que han decidido restringir la aplicación del fenómeno de la MIC a través de su jurisprudencia. Además de compartir las razones que expone la doctrina citada, esta delimitación se hace necesaria dada la dificultad para abordar con un poco más de profundidad todos los casos posibles, y por concentrarse nuestro objeto de estudio en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Dicho lo anterior, el cuarto acápite desea responder al siguiente interrogante: ¿existe alguna Corte local que pueda representar o simbolizar el modo cómo se ha aplicado el fenómeno de la MIC en sede jurisprudencial? La premisa que contesta esta cuestión pretende describir la postura contraria al caso norteamericano, a través de la escogencia de un Tribunal que es ampliamente reconocido por la doctrina, y que da cuenta de su aceptación al fenómeno de la MIC.

---

<sup>253</sup> BENJUMEA, P. *Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 12, Número 1. Octubre. 2011; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 6-10; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 24; HARDING, S. *Comparative reasoning and judicial review*. Yale Journal of international Law No. 28. 2003. Págs. 409-417; “En especial los casos emblemáticos donde se puede ver esta posición restrictiva de la CSJ de EE. UU. son: *Printz vs US*, 521 US 898 (1997); *Knight vs Florida*, 528 US 990 (1999); *Atkins vs Virginia*, 536 US 304 (2002); *Foster vs Florida* 537 US 990 (2002); *Lawrence vs Texas*, 539 US 558 (2003); *Roper vs Simmons*, 543 US 551 (2005), *Graham vs Florida*, 560 US 130 (2010). Ver también (donde se describe que incluso las magistradas O’Connor y Ginsburg recibieron amenazas de muerte por estar a favor del uso de derecho foráneo para resolver los casos de la Corte): PARRISH, A. *Storm in a teacup: The Supreme Court’s use of foreign law*. University of Illinois Law Review. 2007. Págs. 637-645”, citado por GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 1-2.



Con la finalidad de cumplir este objetivo, se seleccionó a la Corte Constitucional de Sudáfrica para representar o simbolizar lo que hemos denominado la postura *permisiva* frente al referido fenómeno de la MIC.<sup>254</sup> Esta elección se justifica por dos razones fundamentales. La primera, porque es uno de los pocos países donde su Constitución regula expresamente la posibilidad de que los jueces incorporen y utilicen derecho foráneo en sus fallos<sup>255</sup>; y la segunda, dada su prístina posición favorable frente a este fenómeno desde su primer año de funcionamiento, la cual se ve reflejada en el célebre caso *The State vs. Makwanyane* de 1995.<sup>256</sup>

Asimismo, reiteramos el comentario realizado en líneas precedentes sobre la necesidad de realizar una delimitación, dada la dificultad para abordar con mayor profundidad todos los casos posibles y que serán brevemente expuestos en el segundo acápite. De igual forma, por concentrarse nuestro objeto de estudio en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Bajo este contexto, y teniendo como marco de referencia, más no de comparación, las posturas contrarias que han asumido los distintos Tribunales locales, el quinto acápite aborda el caso colombiano y se traza como pregunta la siguiente: ¿en el marco de las distintas posturas que han adoptado algunas de las Cortes Constitucionales locales más relevantes para la doctrina, las cuales han optado por restringir o permitir la materialización del fenómeno de la MIC en su jurisprudencia, cómo puede calificarse la postura de la Corte Constitucional colombiana al respecto?

---

<sup>254</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. ECIG, Universitas. VI Edizione. 2009. Págs. 13-24; RAUTENBACH, C; DU PLESSIS, *In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: The Consideration of German Precedents by South Africa Constitutional Court Judges*, 14 *German Law Journal*. 2013. Págs. 1539-77; GROPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-2; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 11-13; GROPPI, T., PONTHEOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 1-2.

<sup>255</sup> Su Artículo 39 autoriza a los jueces a tener en cuenta derecho foráneo al interpretar la carta de derechos vigentes en ese país: “Interpretation of Bill of Rights. 39. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum—(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) **may consider foreign law**. (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights. (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill” (Negrilla fuera de texto). Por otro lado, según Groppi, quizás la otra y única Constitución que contiene una previsión similar es la de Malawi, en cuya sección 11.2 se dispone lo siguiente: “In interpreting the provisions of this Constitution, a court of law shall...where applicable, have regard to current norms of public international law and comparable foreign case law”. GROPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-2. Nota 11.

<sup>256</sup> Una buena descripción de esta razón se puede encontrar en HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550.

La premisa que responde este interrogante desea ilustrar que la Corte Constitucional colombiana ha adoptado desde sus inicios una postura permisiva frente al fenómeno de la MIC, el cual ha materializado a través del recurso al derecho comparado a lo largo de su jurisprudencia. Al igual que el resto de los Tribunales locales, en sus fallos no se encuentra la utilización expresa del término de “migración de ideas constitucionales”, puesto que éste sólo se refiere a una de las tantas teorías y metáforas que pretenden explicarlo. No obstante, implícitamente sí puede encontrarse una práctica reiterada de citación e incorporación de derecho foráneo, por lo que podría predicarse una postura *permisiva* y de fomento.

Asimismo, se analiza cuál ha sido el medio escogido por la Corte colombiana para darle aplicación al mencionado fenómeno, y cómo se ha visto reflejado en su jurisprudencia. Para cumplir este objetivo, se han seleccionado una serie de casos emblemáticos escogidos a partir de su importancia, y de si resolvieron problemas jurídicos que trataban temas sensibles o polémicos para la sociedad colombiana, como lo han sido el aborto, la eutanasia, o el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo. Asimismo, casos que representaron un enfrentamiento directo entre la Corte y los demás poderes públicos, como los límites al poder de reforma constitucional en cabeza del Congreso de la República en lo atinente a la reelección presidencial, por ejemplo.

El sexto y último acápite pretende resolver el siguiente interrogante: ¿existen causas y usos comunes que permitan comprender por qué y para qué las Cortes Constitucionales locales propician la materialización del fenómeno de la MIC? La premisa que contesta esta pregunta intenta ilustrar la existencia de una serie de causas o razones comunes por las cuales las Cortes Constitucionales locales deciden propiciar la materialización o puesta en práctica del fenómeno de la MIC. Debe precisarse que, éstas serían comunes para aquellas Cortes que han decidido sostener una postura *permisiva* e incluso *ambigua*, más no, para las que predicen una *restrictiva*.

Cómo se desarrolla en su momento, entre las mencionadas causas y usos comunes la doctrina destaca el deseo de hacer parte de una comunidad transnacional que busca proteger valores jurídicos superiores al ámbito local; la necesidad de crear y consolidar la jurisprudencia nacional; desear encontrar una herramienta o guía que permita entender y resolver un caso novedoso; dar mayor soporte argumentativo y probatorio a los fallos; la utilidad que representa para resolver los casos difíciles y sin aparente solución; por la autoridad persuasiva del derecho foráneo; y el acoplamiento que debe tener la Constitución y la jurisprudencia con la realidad social.

## 1. Las Cortes Constitucionales locales actuales trabajan como una empresa o comunidad global que desea cumplir objetivos similares

Como fue expuesto en el primer acápite del Capítulo anterior, las últimas décadas del S.XX representan un cambio global en la forma cómo los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales, se comunican entre sí, resuelven sus casos y construyen su jurisprudencia. Fenómenos como la era de la informática; la globalización; y la internacionalización del derecho, han permitido a los jueces conocer el trabajo de sus homólogos e intercambiar argumentos y decisiones.<sup>257</sup>

Bajo este contexto, se ha afirmado por buena parte de la doctrina, que las Cortes Constitucionales actuales operan como una empresa legal global (*global legal enterprise*) o una comunidad global de Cortes (*global community of Courts*)<sup>258</sup> que persigue objetivos similares como lo son la guarda y protección de la Constitución, y la garantía de los derechos fundamentales de las personas en cada Estado.<sup>259</sup> Asimismo, las Cortes han comprendido que su labor se ejerce con independencia del sistema político, así como del gobierno de turno, lo que les ha permitido interrelacionarse globalmente a través de herramientas como el derecho comparado.<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> TUSHNET, M. *The inevitable globalization of constitutional law*. Óp. Cit. Págs. 985-1006; SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit. Pág. 129; SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, Óp. Cit. Pág. 479; GELTER, M.; SIEMS, M. *Networks, Dialogue or One-Way Traffic?* Óp. Cit. Págs. 200-211; BREIDENBACH, J. *The Dynamics of Cultural Globalisation. The myths of cultural globalisation*; GERBER, DAVID J., "Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law", Óp. Cit. Pág. 950, citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Óp. Cit. Págs. 261-276; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 18; BIANCHINI, M.; GIOIA, G. *Dialogo tra Corti e Principio di Proporzionalità*. Óp. Cit. Págs. 9-11.

<sup>258</sup> Entre los primeros autores en empezar a utilizar este término se encuentran Slaughter y el Juez de la Corte Suprema de Justicia norteamericana Stephen Breyer. SLAUGHTER, AM. *A Global Community of Courts*. Óp. Cit.; BREYER, S. *Economic Reasoning and Judicial Review*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. *Tom Bingham and the Transformation of the law: A Liber Amicorum*. Óp. Cit. De igual forma lo sostiene Polacchini en POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 827-850; SPERTI, A. *Il Dialogo tra le Corti Costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*. Óp. Cit.

<sup>259</sup> Por otro lado, se ha utilizado también el término de *convergencia constitucional*, para referirse a la garantía multinivel de los derechos fundamentales, producto de una concurrencia jurisdiccional entre Cortes Constitucionales locales e internacionales. Sin embargo, este fenómeno es propio de *diálogo judicial* y no de la migración de ideas constitucionales. Ver: CARRILLO, M. *Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de los derechos*. Universitat Pompeu Fabra. Ivs Fugit. 20. 2017. Págs. 47-77.

<sup>260</sup> Groppi y Lecis Cocco-Ortu citan las obras, que, a nuestra consideración, describen muy bien cómo las Cortes Constitucionales han logrado intercambiar argumentos y decisiones judiciales a través de citas explícitas fomentando que se hable cada vez más de una empresa o comunidad global que se enfrenta a problemas jurídicos similares, y que, por ende, que debe utilizar soluciones del mismo tipo. "GROPPI, T. *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, Supreme Court Law Review, 2007, Pág. 337; LAW, D., CHANG, W. *The Limits of Global Judicial Dialogue*, Washington Law Review, 2011, Pág. 523; RAUTENBACH, C., DU PLESSIS, L. *In the Name of Comparative*

Entre otras cosas, estos hechos han generado que las Cortes observen y utilicen experiencias e ideas constitucionales foráneas a nivel local sin que esto implique acoger un régimen político determinado. Según Slaughter, esto ha favorecido en buena medida que las Cortes Constitucionales cumplan sus funciones, y si bien reconoce que existen diferencias entre los contextos jurídicos y culturales de los países, considera que las soluciones judiciales deben ser capaces de trasladarse de un lugar a otro.<sup>261</sup> De igual forma lo sostiene Jackson, quien afirma “que las decisiones judiciales foráneas son dignas de ser consideradas por otros jueces que enfrentan problemas similares”.<sup>262</sup>

Ramsey, igualmente, apoya que las Cortes utilicen el derecho foráneo para fallar, pues en especial, “todos los Tribunales Constitucionales se encuentran unidos en una sola empresa interpretativa”.<sup>263</sup> Brudner, por su parte, sostiene que las Cortes que interpretan tradiciones locales, tienen un alto interés en saber cómo otras jurisdicciones interpretan las de ellos, tanto que su lenguaje jurídico y tradición y puede ser parecido. Este interés es de tipo profesional. El derecho comparado surge como una ayuda significativa para resolver los casos e interpretar la Constitución.<sup>264</sup> Ginsburg, por su lado, también apoya la práctica judicial del derecho comparado, porque ayuda a que las Cortes se unan para combatir causas comunes, como el terrorismo.<sup>265</sup>

Haberl, por su lado, considera que en virtud del alto grado de universalismo del que gozan los contenidos del derecho constitucional, como es el caso de los derechos fundamentales, por ejemplo, es legítimo adoptar decisiones foráneas comunes.<sup>266</sup> Para Dworkin, el fin justificaría los medios. Así, “si la democracia se basa en tratar a las personas de manera igualitaria, y si ese es su fin, no interesa si son los jueces los que toman esas

---

*Constitutional Jurisprudence: the Consideration of German Precedents by South African Constitutional Judges*, en *German Law Journal*, 2013”; citado por GROPP, T., LECIS COCCO-ORTU, AM. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?* Revista de Derecho Político N.º 91, septiembre-diciembre 2014, págs. 183-230. Igualmente ver: TUSHNET, M. *The inevitable globalization of constitutional law*. Óp. Cit.

<sup>261</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp.Cit. Págs. 124-128.

<sup>262</sup> JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. Legal Affairs. Óp. Cit.

<sup>263</sup> RAMSEY, M. *International materials and domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence* 98 American Journal of International Law 69. 2004.

<sup>264</sup> BRUDNER, A. *Constitutional goods*. Oxford University Press. Oxford 2004. Pág. 8.

<sup>265</sup> GINSBURG, R. *Looking beyond our border: the value of a comparative perspective in Constitutional adjudication*. 22. Yale Law and Policy Review. 2004. Págs. 329-337.

<sup>266</sup> HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Pág. 301.

decisiones y cómo lo hacen”. Este autor considera que sería irrelevante pensar en que debe ser el parlamento quien lo haga, por ejemplo.<sup>267</sup>

Por otro lado, Saunders reitera que en el lapso de la última década del Siglo XX y la primera del XXI, las citas o referencias a las experiencias constitucionales de otros países por parte de los jueces locales se ha visto en aumento. Hoy se constituye como un fenómeno generalizado que los jueces locales citen y utilicen jurisprudencia foránea en el marco de la adjudicación judicial. Las causas según este autor son varias, pero destaca “la expedición de nuevas Constituciones en muchos países, y por añadidura, la creación de Cortes o Tribunales Constitucionales que necesitaban establecer y consolidar sus líneas jurisprudenciales”.<sup>268</sup> En este sentido, la mejor forma de hacerlo era observando experiencias comparadas exitosas para hacer lo mismo a nivel interno.

Recordemos que Tushnet, por su parte, ubicó los inicios de este fenómeno en la extinción de la URSS y la posterior creación de los nuevos Estados democráticos cuyas Cortes Constitucionales debían crear y consolidar su jurisprudencia.<sup>269</sup> De Vergottini, por su lado, confirma que durante los últimos años se ha producido un crecimiento importante en la citación de fuentes jurídicas foráneas por parte de las Cortes locales, lo que ha creado entre ellas un “lugar común”, por lo que podría hablarse de una sola empresa o comunidad encaminada a cumplir los mismos fines.<sup>270</sup>

Slaughter agrega que las Cortes locales entienden que citando o adoptando una idea de una Corte foránea, fortalecerán sus decisiones o les darán mayor soporte argumentativo. Entre las causas que explican este fenómeno, destaca “la búsqueda de autoridad persuasiva”<sup>271</sup> como tesis principal que ya había sido expuesta por Glenn a finales de los años ochenta quien la definió como una fuerza que “atrae en oposición a obligar”, y que era usada por los jueces locales para justificar la incorporación de derecho foráneo no vinculante en sede jurisprudencial.<sup>272</sup>

Saunders por su lado, divide las razones que explican esta práctica de acuerdo con las dos grandes familias o sistemas jurídicos tradicionales. Así, para el Common Law, el uso de jurisprudencia foránea en sede judicial puede explicarse gracias a su misma tradición y la forma

---

<sup>267</sup> DWORKIN, R. *Freedom's Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1996. Pág. 34.

<sup>268</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. Óp. Cit. Págs. 570-580.

<sup>269</sup> TUSHNET, Mark. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325

<sup>270</sup> VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit. Págs. 9-10.

<sup>271</sup> *Ibid.* Págs. 119-123.

<sup>272</sup> GLENN, P. *Persuasive Authority*. Óp. Cit. Pág. 261.

como razonan los jueces, esto es, siguiendo el precedente de un caso anterior relevante y análogo, del cual se construyen los principios que luego se aplican en casos posteriores. De igual forma, por la fuerza persuasiva del derecho, de acuerdo con Glenn, en donde un precedente emitido por una autoridad tenderá a seguirse en el futuro.<sup>273</sup>

Al tener un *modus operandi* pragmático, los jueces del Common Law son propensos a seguir los fallos de otros jueces, dentro de los cuales se encuentran también los foráneos. Asimismo, existe la obligación por parte de los jueces de motivar sus decisiones, lo que los lleva a mirar y tomar argumentos de otros fallos para incorporarlos a los propios. Esto se extiende incluso para las *dissenting opinions* (Salvamentos de voto) y las *concurring opinions* (Aclaraciones de voto).<sup>274</sup>

En el otro sentido, para el Civil Law, Saunders destaca como causa principal la insuficiencia de soluciones a los casos judiciales en los textos legales, lo que incentiva a los jueces a estudiar y tomar experiencias comparadas y foráneas. De igual forma, resalta la globalización y el derecho comparado como nueva herramienta interpretativa de los jueces, propuesta ya desde Peter Haberle. Por último, hace énfasis en que el litigio ante las mismas Cortes, en los procesos de protección de derechos fundamentales y de control de constitucionalidad, ha llevado a que las mismas sean cada vez más creativas y resuelvan los casos analizando las experiencias comparadas y foráneas.<sup>275</sup>

Asimismo, Graziadei afirma que “el estudio de los trasplantes y las recepciones del derecho se estudian y ocurren con independencia de las familias jurídicas y las propias tradiciones de cada sistema”.<sup>276</sup> Somma, por su parte, sostiene que “la dicotomía clásica entre el civil y common law, como las dos grandes familias jurídicas occidentales está llamada a superarse o desaparecer”.<sup>277</sup>

Por un lado, expone este autor, en el Common Law ha operado una atenuación de la vinculatoriedad del precedente horizontal, es decir de los tribunales de seguir su propio precedente, más no en el sentido vertical de seguir el precedente del superior. De igual forma, la ley escrita ha adquirido un papel importante al expedirse códigos compilatorios de jurisprudencia y leyes fundamentales como en Reino Unido e Israel. Por otro lado, en el Civil Law se le ha dado una importancia y vinculatoriedad del precedente cuando inicialmente fue

---

<sup>273</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. Óp. Cit. Págs. 575.

<sup>274</sup> Ibid. Págs. 576.

<sup>275</sup> Ibid. Págs. 576-577.

<sup>276</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 473-474.

<sup>277</sup> SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 107-108.

contemplado como fuente secundaria o auxiliar de la actividad judicial. A lo anterior se suma la creciente inactividad del Legislador para regular los fenómenos sociales y la vanguardia de la jurisprudencia para llenar este vacío mediante la producción de reglas.

Hoy existe una convergencia no solo en los hechos que se presentan donde ambos sistemas comparten características, sino también desde el sistema de fuentes y la mentalidad de los juristas. Ello ha ayudado en buena parte a que los jueces intercambien ideas, argumentos y miren o analicen el trabajo de sus pares. Por ello hoy se predica una “convergencia constitucional” entre los distintos sistemas jurídicos.<sup>278</sup>

Por otro lado, Choudhry sostiene que “la migración de ideas constitucionales a lo largo de las distintas jurisdicciones se encuentra emergiendo rápidamente como un aspecto central de la práctica constitucional contemporánea”.<sup>279</sup> Esto ha ocurrido en buena medida, gracias a que los sistemas jurídicos influyen a otros sistemas con sus ideas. El uso de jurisprudencia foránea para interpretar la Constitución es un ejemplo de ello, como también lo es tomar como modelos ciertas Constituciones para crear otras.<sup>280</sup>

Por último, Rolla y Ceccherini, aclaran que la propensión a utilizar jurisprudencia foránea no es igual en todos los países, y que se pueden observar matices, como EE. UU. que niega tajantemente su práctica y Canadá que es totalmente favorable. En lo que a Europa respecta, afirman que el fenómeno va en aumento, puesto que se encuentran en la búsqueda de crear una cultura comunitaria común.<sup>281</sup> Por ello, en los acápites subsiguientes trataremos de ilustrar estas posiciones opuestas que pueden reflejarse en algunos de los Tribunales Constitucionales más representativos y conocidos, para luego arribar al caso colombiano.

### **1.1 Conclusión y valoración personal**

Con la finalidad de respetar la metodología propuesta en el Capítulo anterior, a continuación, presentaremos las conclusiones relacionadas con lo expuesto en este primer acápite, así como nuestra valoración personal al respecto. En primer lugar, deseamos destacar que, siguiendo a Ramsey, Slaughter, Polacchini, Sperti, GELTER, Brudner y Ginsburg, las Cortes Constitucionales locales han podido desarrollar su trabajo como una empresa o comunidad global. Esto se debe principalmente a que las Constituciones modernas han sido

---

<sup>278</sup> FERNÁNDEZ, F. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelsiano*. Revista Pensamiento Constitucional. Año XI. No. 11. Págs. 20-75.

<sup>279</sup> CHOUDHRY, Sujit (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit. Pág. III.

<sup>280</sup> *Ibíd.*

<sup>281</sup> ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 24.

diseñadas bajo la lógica de cumplir fines o valores comunes, tales como la protección del Estado de Derecho; la separación y el equilibrio de los poderes públicos; y la garantía de los derechos fundamentales.<sup>282</sup>

Asimismo, consideramos que, si bien los contextos en los que se aplica el derecho constitucional son diversos, no puede negarse, siguiendo a Osiatynski, que al ser las ideas constitucionales limitadas, éstas hayan migrado, y estén migrando por los distintos ordenamientos jurídicos proporcionando bases jurídicas similares para su posterior aplicación judicial.<sup>283</sup> En este sentido, si las Cortes Constitucionales locales están dando aplicación a los mismos principios y valores constitucionales, sería factible trasladar sus decisiones o fallos de un lugar a otro, pero, guardando las debidas proporciones y justificando su uso. Esto permite, entre otras cosas, que los jueces encuentren en el trabajo de sus homólogos, las herramientas e insumos para desarrollar el propio.

A pesar de las diferencias que plantea Saunders, sobre las causas que explican la aplicación del fenómeno de la MIC en los países del Common y Civil Law, lo cierto es que en ambos sistemas está teniendo lugar, con independencia de sus tradiciones jurídicas. Esto se explica, siguiendo a Glenn y a Slaughter, porque con independencia del tipo de sistema, así como de las condiciones propias de cada ordenamiento jurídico, las Cortes locales han comprendido que citando y adoptando derecho foráneo, fortalecerán sus decisiones y les darán mayor soporte argumentativo al considerarlo como “autoridad persuasiva”.<sup>284</sup>

En un mundo globalizado como en el que vivimos, las fronteras de la comunicación y el conocimiento se hacen cada vez más efímeras, permitiendo que se forme ese “lugar común” entre las distintas Cortes locales que señala De Vergottini. De igual forma, para el acaecimiento extendido del fenómeno de la MIC, ha resultado primordial la comprensión de los jueces sobre su relación con los gobiernos y el sistema político local. La independencia judicial, tanto dogmática como financiera y administrativa, ha permitido que las Cortes Constitucionales

---

<sup>282</sup> RAMSEY, Michael. *International materials and domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence*. Óp. Cit; BRUDNER, A. *Constitutional goods*. Óp. Cit. Pág. 8; GINSBURG, R. *Looking beyond our border: the value of a comparative perspective in Constitutional adjudication*. Óp. Cit. Pág. 329-337; GELTER, M.; SIEMS, M. *Networks, Dialogue or One-Way Traffic?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 200-211.

<sup>283</sup> OSIATYŃSKI, W. *Paradoxes of constitutional borrowing*. *International Journal of Constitutional Law*. Óp. Cit. Págs. 244-268.

<sup>284</sup> GLENN, P. *Persuasive Authority*. Óp. Cit. Pág. 261; SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit. Págs. 124-128.



observen y analicen las experiencias foráneas a su alrededor, sin que esto implique comprometer al Estado con un determinado sistema jurídico o política nacional.

En virtud de lo anterior, nuestra valoración personal se encuentra encaminada en afirmar que, puede predicarse la existencia de una empresa o comunidad global que persigue fines similares, dada la propia naturaleza de las ideas constitucionales y los valores globales que se pretenden proteger en las sociedades democráticas actuales. Sin embargo, no puede desconocerse que la globalización del derecho presenta sus propios matices, y que, en ocasiones, las diferencias históricas, culturales y políticas de los países, produce resultados distintos en la aplicación del derecho. Por ello, cada fuente jurídica que decida incorporarse o utilizarse en determinado ordenamiento, debe tratar de responder a sus propias realidades y particularidades, sin que deje de tenerse en cuenta la experiencia foránea.<sup>285</sup>

## **2. A pesar de plantearse la existencia de una empresa o comunidad global conformada por las distintas Cortes Constitucionales locales, no podría hacerse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC**

Este segundo acápite intenta exponer cómo a pesar de plantearse por parte de algunos doctrinantes, la existencia de una “empresa global común” integrada por las distintas Cortes Constitucionales locales del mundo, no podría predicarse lo mismo de su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC. Si bien los Tribunales reconocen que las ideas constitucionales pueden ser limitadas, y que podría existir un marco común de objetivos y fines que desean cumplir, los contextos en los cuales se aplica el derecho son diferentes y esto ha generado la conformación de distintas posiciones al respecto.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Págs. 547-584; GROPPi, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit.; BREIDENBACH, J. *The Dynamics of Cultural Globalisation. The myths of cultural globalisation*; GERBER, DAVID J., “Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law”. *Tulane Law Review*, Vol. 75. Pág. 950, citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Óp. Cit. Págs. 261-276.

<sup>286</sup> Las distintas posturas y clasificaciones pueden estudiarse a partir de: ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-61; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Pág. 6-22; GROPPi, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-2; GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 1-10; ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè, Milano. 2006; NUCERA, C.G. *L'influence du précédent étranger sur le juge national*, en *Dir. Imp. Europa*, 2009, 1, pág. 32-40; PETRONE, E. *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana degli anni 50 ad oggi*, in *Contr. Impr. Europa*, 1, 2010. Págs. 184-201; GRAZIANO, Thomas. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Pág. 40-42; MAK, E. *Comparative Law before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands: an empirical and comparative analysis*. Págs. 407-432; FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts: A common Law Perspective*. Págs.

Por un lado, existen Cortes locales que se han negado a darle aplicación al referido fenómeno, y por ello se ha considerado que ostentan una posición que hemos denominado *restrictiva*; otras que por el contrario lo han fomentado, por lo que podrían ser categorizadas bajo una postura *permisiva*; y un tercer grupo que no ofrecen los suficientes elementos para ser ubicadas en los dos primeros, por lo que podrían tener una posición *intermedia o ambigua*. Dicho lo anterior, a continuación, se hará una breve descripción de las posturas de cada grupo, así como de algunos ejemplos ilustrativos de algunas Cortes que los integran.

## **2.1 La postura *restrictiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por limitar o restringir la aplicación del fenómeno de la MIC**

En este primer grupo se encuentran aquellas Cortes que han optado por sostener una postura *restrictiva* o limitante de la aplicación del fenómeno de la MIC en su jurisprudencia, y, por ende, en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Al ser una postura minoritaria, la lista es encabezada casi que, en solitario por la Corte Suprema de los EE. UU., quien es considerada por la doctrina como el ejemplo más emblemático de esta posición.<sup>287</sup> Por esta razón, su caso será tratado por aparte en el tercer acápite de este capítulo cómo fue justificado en la introducción.

Dicho lo anterior, reiteramos que son pocas las Cortes que tienen una postura tan radical como la de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU., la cual llegó a considerarse “hostil” y no sólo *restrictiva*.<sup>288</sup> No obstante, posturas cercanas o similares pueden encontrarse a modo ilustrativo en Tribunales Constitucionales como el austriaco y el francés, los cuales se han mostrado reticentes a utilizar explícitamente el derecho foráneo en sus decisiones. Las razones son diversas y obedecen a factores propios de sus propias tradiciones jurídicas.<sup>289</sup>

---

79-102, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág. 39-40; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 24.

<sup>287</sup> SPERTI, A. *United States of America: first cautious attempts of judicial use of foreign precedents in the Supreme Court's jurisprudence*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 393-411; HARDING, S. *Comparative Reasoning and Judicial Review*. 28 Yale J. Int'l L. 409. 2003, citado por GROPPi, T. *¿Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-2; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 17.

<sup>288</sup> PARRISH, A. *Storm in a Teacup: the U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law*. Óp. Cit; ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-61.

<sup>289</sup> Resulta interesante analizar cómo las Cortes Constitucionales locales que hacen parte de esta postura son en su mayoría europeas y no latinoamericanas, como podría esperarse desde las variantes teóricas del *decolonialismo*. Éstas sostienen que, y en especial, el derecho latinoamericano, debe estructurarse y fundamentarse desde una visión distinta a la occidental o colonial. No obstante en el fenómeno de la MIC es común ver que son estas Cortes las que le suelen dar mayor aplicación al mismo, como ha sucedido en el caso colombiano. Ver: LASCARRO, D.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), Brito describe que “son casi nulas las citas expresas de derecho foráneo que se han realizado, pero que puede encontrarse una leve aplicación crítica o material”.<sup>290</sup> Siguiendo la opinión de Palermo, esto obedece principalmente a que los jueces de este Tribunal han creído firmemente que por su tradición jurídica, sus fallos son objeto de imitación en otros sistemas jurídicos, pero consideran como impensable y desafortunado que sean ellos quienes citen a los demás jueces.<sup>291</sup>

De igual forma lo consideran Grabenwarter y Gamper, quienes sostienen que tanto el recurso a la comparación jurídica, como al derecho foráneo e internacional por parte de esta Corte, es casi nulo desde su creación hasta finales de los años ochenta donde empezó a verse una ligera apertura al fenómeno de la migración de ideas constitucionales, sin que pueda predicarse una postura permisiva o favorable.<sup>292</sup>

Esta ligera apertura ha llevado a que Gamper, por ejemplo, califique la postura de este Tribunal como de “no cosmopolita, pero amigable respecto de los demás ordenamientos europeos”.<sup>293</sup> Con ello quiere decir que, no es un Tribunal dispuesto hacer parte de esa empresa o comunidad global que se describió en el acápite anterior, pero que al menos está abierto a tener en cuenta las experiencias jurídicas foráneas dentro de Europa. Esto se debe principalmente, a los elementos estructurales del Civil Law o del derecho continental europeo, que contiene la Constitución Federal austriaca, y sobre los cuales se formaron casi todas las

---

*Teoría decolonial y constitucionalismo (Andino): límites teóricos y nuevos horizontes.* Tesis de maestría en investigación. Director: Rodrigo Uprimny Yepes. Universidad Nacional de Colombia. 2015.

<sup>290</sup> Un análisis del caso austriaco puede encontrarse en GRABENWARTER, C. *Comparative Law in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 325-336; GAMPER, A. *Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly - The Constitutional Court's comparative approach*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 213-229; PALERMO, F., TRETTEL, M. *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo “vivente” in Germania e in Austria*, en: Anuario di diritto comparato e di studi legislativi, 2015, Págs. 285-314.

<sup>291</sup> La siguiente es la opinión que cita Brito de Palermo: “«l’approccio mentale dei giuristi austriaci –e tanto più della loro élite riunita nella Corte Costituzionale (Verfassungsgerichtshof)–, è portato a ritenere che la Corte costituzionale e le sue pronunce siano quasi naturalmente oggetto di studio e di imitazione in altri ordinamenti, mentre sarebbe impensabile e disdicevole che avvenisse il contrario, stante il carattere paradigmatico del proprio ordinamento sul punto»”. PALERMO, F. *La Corte Costituzionale austriaca e la comparazione giuridica*, a cura di FERRARI, G., e GAMBARO, A. Napoli, 2006. Pág. 133, citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 19-20.

<sup>292</sup> GRABENWARTER, C. *Comparative Law in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 326-327; GAMPER, A. *Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly - The Constitutional Court's comparative approach*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 213-229.

<sup>293</sup> GAMPER, A. *Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly - The Constitutional Court's comparative approach*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 213-229.

Constituciones de ese continente que le otorgan a la ley la característica de ser la fuente principal del derecho.<sup>294</sup>

Grabewarter por su parte, agrega que la poca influencia de derecho foráneo que ha logrado permear a esta Corte en la actualidad se ha dado de dos maneras distintas. La primera, a través de la citación explícita de jurisprudencia de otras Cortes locales, en su gran mayoría del Tribunal Constitucional alemán y de la Corte Suprema Federal suiza; y, en segundo lugar, por medio de uso material o “invisible” de fuentes jurídicas foráneas, el cual que hace más difícil rastrear de dónde proviene su uso, hasta el punto de parecer una creación local.<sup>295</sup>

Por otro lado, dentro de esta postura también suele clasificarse para el Consejo Constitucional francés (*Conseil Constitutionnel*). Según Passaglia y Brito, este Tribunal nunca ha recurrido expresamente a jurisprudencia foránea para resolver o darles mayor soporte argumentativo a sus fallos, “lo que no es del todo indicativo de su inobservancia y análisis de las experiencias comparadas”.<sup>296</sup> De igual forma lo sostiene Carpentier, quien afirma que “en ninguna de sus decisiones desde su creación en 1958, se ha realizado la menor mención a una sentencia de cualquier jurisdicción constitucional extranjera”.<sup>297</sup>

No obstante, esta última autora describe que la postura *restrictiva* en la cual se suele clasificar al Consejo Constitucional es apenas aparente, pues si se hace un examen atento de sus sentencias se logra identificar cierta permeabilidad al derecho comparado. Dentro de las causas coyunturales que explican esta postura aparente, se destacan “la falta de conocimiento y sistematización de la jurisprudencia extranjera; la recepción tardía en Francia del derecho comparado; y la falta de citación de sentencias foráneas por parte de los abogados en las controversias judiciales”.<sup>298</sup>

Asimismo, se resaltan causas de índole estructural, como “la rígida adscripción a la tradición romano-germánica o del civil law, por lo que citar y utilizar jurisprudencia foránea

---

<sup>294</sup> *Ibíd.*

<sup>295</sup> GRABENWARTER, C. *Comparative Law in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 327-336.

<sup>296</sup> PASSAGLIA, P. *Comparative Law and the French Constitutional Council*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 263-264; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 19-20.

<sup>297</sup> CARPENTIER, E. *La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 7, No. 2, 2009. Págs. 129-142; PASSAGLIA, P. *Comparative Law and the French Constitutional Council*, en FERRARI, G. *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 264-266.

<sup>298</sup> *Ibíd.* Pág. 129-130.

no formaría parte de su tradición jurídica; el tipo de control de constitucionalidad que sigue siendo a priori y con tiempos muy cortos; el diseño institucional que se elaboró en la Constitución 1958 para evitar el denominado “gobierno de los jueces”; y que sus decisiones son muy concisas y no pueden ser sometidas a opiniones discrepantes o individuales por los jueces”.<sup>299</sup>

Passaglia, por su parte, resalta que en efecto sí hay una influencia del derecho foráneo y comparado en las decisiones que a lo largo de su historia ha tomado el Consejo Constitucional, sólo que ésta no puede ser probada expresamente por falta de citación explícita en las Sentencias. No obstante, este autor ofrece tres indicios que llevarían a soportar dicha conclusión.<sup>300</sup>

En primer lugar, el “dossier documentaire” publicado en la página web del Consejo Constitucional, que da cuenta de todas las fuentes consideradas y utilizadas en sus fallos, donde en efecto se pueden constatar algunos materiales foráneos y comparados; en segundo lugar, gracias a la creación de la Unidad de Derecho Comparado que comenzó en el 2016 debido a la iniciativa del actual Presidente del Consejo, Laurent Fabius, la cual pretende su estudio y análisis para la labor jurisdiccional del Tribunal; y por último, por el uso implícito o material del derecho foráneo que puede ser analizado en la jurisprudencia del Consejo.<sup>301</sup>

## **2.2 La postura *permisiva* de algunas Cortes Constitucionales que han optado por aplicar o fomentar la aplicación del fenómeno de la MIC**

Este segundo grupo se encuentra integrado por aquellas Cortes que han optado por sostener una postura *permisiva* y de aplicación del fenómeno de la MIC. Según Groppi, Andenas y Fairgrieve, la mayor parte de estas Cortes pertenecen al sistema del Common Law, donde por sus propias tradiciones han estado habituadas a utilizar el derecho producido por

---

<sup>299</sup> *Ibíd.* Págs. 130-132. Según afirma la profesora Ponthoreau, los Tribunales que son más propensos a utilizar el derecho comparado como recurso de la actividad judicial, son aquellos donde los jueces pueden manifestar sus opiniones discrepantes e individuales. Así lo describe: "(...) un estilo judicial discursivo, narrativo y analítico apoyado sobre la práctica de opiniones individuales de los jueces es netamente más propicio al recurso al derecho extranjero para interpretar la Constitución porque considera el proceso interpretativo y decisorio como un intercambio de argumentos llegando a una decisión". PONTHOREAU, M. *Le recours aux Argument de droit comparé' par le Juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en F. Melin–Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, Pág. 180, citado por CARPENTIER, E. *La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés*. *Óp. Cit.* Pág. 132.

<sup>300</sup> PASSAGLIA, P. *Comparative Law and the French Constitutional Council*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. *Óp. Cit.* Págs. 263-264.

<sup>301</sup> *Ibíd.* 275-293.

otros jueces.<sup>302</sup> Saunders, por su parte, sostiene que la anterior idea encuentra explicación gracias la forma particular de razonar que tienen los jueces de este sistema, donde deben seguir el precedente de un caso anterior relevante y análogo, sobre el cual construyen los principios a aplicar en casos posteriores.<sup>303</sup>

No obstante, tanto Groppi como otros autores, agregan que, la mencionada postura no es exclusiva de los países del Common Law, y que hoy día también ocupa un lugar muy importante en aquellos que pertenecen al Civil Law.<sup>304</sup> Además del caso Sudafricano, el cual será expuesto por separado en el cuarto acápite, en la actualidad ostentan gran relevancia tanto en el ámbito judicial como académico, las Cortes Constitucionales de Canadá, Nueva Zelanda, Israel, Reino Unido, Irlanda, Australia, Namibia, Hong Kong, la India, Portugal, Brasil, Colombia y Argentina, como representantes de la postura *permisiva*.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> GROPPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-2.; ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-33.

<sup>303</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. Óp. Cit. Págs. 575.

<sup>304</sup> HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2016. Págs. 125-129; GROPPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 4-5; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. Óp. Cit. Pág. 24; TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 327-329.

<sup>305</sup> Estos y otros casos similares pueden ser analizados en los siguientes trabajos académicos: Australia y Nueva Zelanda: GOBBO, M. *The Practice of Comparative Law by the Supremes Courts of Australia and New Zealand*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 194-217; SAUNDERS, C.; STONE, A. *Reference to foreign precedents by the Australian High Court: a matter of method*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 13-39; Irlanda: DOYLE, O., HICKEY, T. *The Use of Foreign Law in Irish Constitutional Adjudication*, en *Judicial Cosmopolitanism*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 69-94; FASONE, C. *The supreme Court of Ireland and the use of foreign precedents. The value of constitutional history*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 97-129; Namibia: SPIGNO, I. *Namibia: The Supreme Court as a foreign law importer*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 155-185; Taiwan: CHANG, W.; YEH, J. *Judges as discursive agent: The use of foreign precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 373-393; Hungría: SZENTE, Z. *Hungary: Unsystematic and incoherent borrowing of law. The use of foreign judicial precedents in the jurisprudence of the Constitutional Court, 1999-2010*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 253-273; Portugal: SANTOS, C. *Is there a middle ground between Constitutional Patriotism and Constitutional Cosmopolitanism? The portuguese Constitutional Court and the use of Foreign (case) Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 424-449; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 15-16; España: JIMÉNEZ, A. *The Spanish Constitutional Court and foreign and comparative law: the theory and practice of a marriage of convenience*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 375-402; Argentina: MILLER, J. *A typology of legal transplants: using sociology, legal history and Argentine Examples to explain the transplants process*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, No. 4. Oxford University Press. 2003. Págs. 839- 885; Reino Unido: FROSINI, J. *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, en *Judicial Cosmopolitanism*, en FERRARI, G. *Judicial*

En este sentido, debe precisarse que, al constituirse esta postura como la predominante o mayoritaria, examinar todos los casos posibles desbordaría nuestro propósito para este capítulo. Por ello, a continuación, describiremos sucintamente y a modo de ejemplo, las posiciones de las Cortes Constitucionales de Canadá, India e Israel, por considerar que pueden encontrarse entre las más representativas en lugares geográficos y políticamente diversos, y teniendo en cuenta que nuestra finalidad es brindar una ilustración general al respecto y no hacer un análisis de derecho comparado en estricto sentido.

Dicho lo anterior, el caso de la Corte Suprema de Canadá (*Supreme Court of Canada*), fue quizás el más emblemático y representativo de la postura *permisiva* hasta el nacimiento en 1995 de la Corte Constitucional de Sudáfrica, quien en la actualidad goza, a opinión de algunos, de una “excesiva” fama por sus posiciones abiertas al uso de derecho internacional y comparado.<sup>306</sup> No obstante, el caso canadiense no ha dejado de ser relevante, y su postura puede explicarse a partir de tres causas fundamentales.<sup>307</sup>

En primer lugar, Markesinis y Fedtke describen que al ser Canadá una ex-colonia británica, y con cierta ocupación francesa en algunas provincias, por mucho tiempo los jueces debieron acatar el derecho inglés y francés de forma obligatoria, sin poder tener en cuenta otras fuentes. Luego del gradual proceso de independencia, y de su esperada influencia en los distintos estamentos de la sociedad, los jueces comenzaron a adoptar una postura abierta frente al derecho foráneo y a incorporarlo voluntariamente en su jurisprudencia.<sup>308</sup>

Por otro lado, Olivetti destaca que los jueces de Canadá se encontraban condicionados hasta mediados del siglo pasado, a las resoluciones de apelación de los tribunales británicos y del *Privy Council* en Londres. Por lo tanto, sus decisiones le fueron obligatorias y vinculantes hasta 1949. Con posterioridad a la separación definitiva de las jurisdicciones, los jueces

---

*Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 29-69; ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-33.

<sup>306</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 550.

<sup>307</sup> El caso canadiense puede estudiarse en: OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 140-177; GENTILI, G. *Canada: protecting rights in a “Worldwide rights culture”*. *An empirical study of the use of foreign precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010)*, en GROPPi, T., PONTHEOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 39-69; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 19-20.

<sup>308</sup> MARKESINIS, B., FEDTKE, J. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino Ed, Bolonia. 2009. Págs. 126, citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 15-17.

canadienses comenzaron a explorar y utilizar voluntariamente otras fuentes de derecho para resolver y darle contenido a sus casos.<sup>309</sup>

En tercer lugar, Sperti considera que el *Charter of Rights and Freedoms* adicionado por el *Constitution Act* de 1982, ha fomentado que los integrantes de la Corte hayan buscado experiencias jurídicas foráneas que les ayuden a dotar de contenidos los derechos que se recogen en este importante documento que reformó la Constitución, siendo esta una de las principales finalidades por las cuales esta Corte cita jurisprudencia foránea.<sup>310</sup>

De otra parte, Olivetti resalta cómo esta Corte pasó de ser un relevante “importador” de derecho foráneo a un fuerte “exportador” con impacto global en los distintos Tribunales locales. Tras entrar en vigor el mencionado *Constitution Act* de 1982, la Corte canadiense comenzó a incorporar jurisprudencia foránea para formar y construir la propia, dándole un carácter persuasivo más no vinculante hasta la actualidad.<sup>311</sup>

En un principio, las fuentes foráneas citadas provenían esencialmente de las Cortes Supremas norteamericana e inglesa. No obstante, con posterioridad se incluyeron importantes fallos de países como Australia, Nueva Zelanda, India y Sudáfrica, todas ex colonias del Imperio Inglés. Según Olivetti y Pennicino, este ejercicio ha permitido a la Corte canadiense comprender su Constitución como un “*living tree o árbol viviente*” que se “adapta a los cambios sociales, y a su vez, resolver casos trascendentales relacionados con el federalismo; la pena de muerte; el matrimonio y la adopción igualitaria; el reconocimiento y los derechos de los

---

<sup>309</sup> OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 150-153; OLIVETTI, N. *La comparazione nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, en Giuseppe FERRARI, F., GAMBARO, A. (Editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles. 2006. Págs. 347, citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 15-17.

<sup>310</sup> SPERTI, A. *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, en Rivista di Diritto Costituzionale. 2006. Pág. 137, citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 15-17. De igual forma, esta labor de la Corte canadiense ha llevado a que luego otros Tribunales nacionales e internacionales citen su jurisprudencia, como lo afirmó su entonces presidenta Beverley: “(...) las sentencias canadienses son citadas habitualmente por las Cortes en Sudáfrica, Nueva Zelanda, Israel, el Reino Unido, Australia, India y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. McLACHLIN, B. *The canadian charter of rights and freedoms. First 30 years: a good beginning*, en MENDES, E., BEAULAC, S. (Eds.) *Canadian charter of rights and freedoms*. 2013, Pág. 41, citado por HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Óp. Cit. Págs. 127.

<sup>311</sup> OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 141-142, 150-153.



pueblos indígenas o aborígenes; los límites al catálogo de derechos fundamentales; la extradición; y el alcance del principio de igualdad”.<sup>312</sup>

Por otro lado, la Corte Suprema de la India (*Supreme Court of India*) comparte una tradición muy similar a la canadiense, en la medida que ese país fue también una colonia británica y sólo hasta 1950 los jueces lograron obtener la independencia de jurisdicciones respecto del *Privy Council*. Según Scotti, este proceso produjo que sus jueces recibieran mucha influencia de distintos países al momento de empezar a ejercer su labor y optaran por predicar una postura *permissiva* y abierta al uso de fuentes de derecho foráneas.<sup>313</sup>

La misma autora destaca que, en un principio la Corte seguía citando los precedentes británicos, pero luego comenzó un proceso gradual hacia el uso de jurisprudencia de otras Cortes, como la norteamericana, e incluso de Cortes Supranacionales según la necesidad. No obstante, Cooray sostiene que la influencia inglesa nunca desapareció y que ha permanecido hasta la actualidad. Fruto de ello, y de otras experiencias de países del Common law, “la Corte india ha podido crear reglas interpretativas; delimitar el alcance de los derechos y libertades fundamentales; y evaluar las consecuencias de los casos en otras latitudes antes de resolverlos en el ámbito local”.<sup>314</sup>

Por otro lado, Scotti expone que, generalmente el uso dado al derecho foráneo fue de tipo ilustrativo y comparativo, pues no determinó el sentido de las decisiones que casi siempre resultaban contrarias. Por esto se afirma que, la finalidad dada a las experiencias comparadas y foráneas se ha encaminado en darle mayor soporte argumentativo y probatorio a los casos. Igualmente, que la pertenencia de esta Corte al fenómeno de la “comunicación transjudicial” o a la migración de ideas constitucionales, ha sido constante.<sup>315</sup>

La constante incorporación y utilización de derecho foráneo, según documenta Thiruvengadam, le ha generado a esta Corte, la formulación de fuertes críticas por estructurar sus fallos con base en una mayor cantidad de fuentes de derecho externas que las producidas

---

<sup>312</sup> OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs 152-176.

<sup>313</sup> El caso de la Corte Suprema de la India puede ser analizado a mayor profundidad en RITA SCOTTI, V. India: *A “critical” use of foreign precedents in constitutional adjudication*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 69-97.

<sup>314</sup> Para analizar un estudio reciente del caso de la India, ver COORAY, A. *Developing an Indian Constitutional Jurisprudence Drawing on Judicial Thinking in the Rest of the Common Law World*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 177, 191-193.

<sup>315</sup> *Ibíd.* Pág. 85.

en el ámbito nacional. En consecuencia, la Corte ha venido adoptando una postura más restrictiva hacia las citas explícitas, lo que no le ha impedido hacerlo implícita o materialmente para evitar las críticas.<sup>316</sup>

Por otro lado, según lo expone Hirschl, el caso de la Corte Suprema de Justicia de Israel se ha caracterizado por su constante interacción con el derecho foráneo de los países occidentales. Tanto así, que el autor lo califica como “un bastión occidental” en oriente próximo, por recibir fuertes influencias de esos países, y por su deseo de pertenecer al “club de las democracias liberales”. En este sentido, la Corte israelí ha recurrido constantemente a la jurisprudencia y doctrina académica de países como EE. UU., Canadá, Alemania, y Reino Unido, como la de distintos Tribunales supranacionales e internacionales.<sup>317</sup>

No es usual que esta Corte recurra a la jurisprudencia de países como Pakistán, Turquía o Malasia, a pesar de tener contextos culturales y políticos similares, lo que en parte justificaría la extensión de ciertas soluciones que las Cortes locales den a los problemas jurídicos. De igual forma, al ser Israel el único Estado “judío” en el mundo, se esperaría que la Corte pudiera recurrir al derecho judío para resolver los casos o colmar las lagunas. No obstante, su marco de citación ha sido netamente occidental, lo que ratifica la postura de Hirschl.<sup>318</sup> De forma similar lo sostiene Pierdominici, quien expone cómo esta Corte ha estado en contacto y uso permanente con el derecho foráneo occidental desde sus inicios.<sup>319</sup>

Por su parte, Navot también señala que, desde la misma fundación del Estado de Israel en 1948, la Corte Suprema se vio inmersa en el fenómeno del uso de jurisprudencia foránea, o en nuestros términos, de la migración de ideas constitucionales. En principio acudió a aquella creada por los jueces británicos, dada la influencia que dejó el “*British Mandate*” sobre el

---

<sup>316</sup> THIRUVENGADAM, A. The use of foreign law in Constitutional cases in India and Singapore. Empirical Trends and Theoretical concerns, Working Paper on VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, 2010, citado por *Ibíd.* Pág. 85.

<sup>317</sup> El caso de la Corte Constitucional de Israel puede estudiarse detalladamente en: HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Óp. Cit. Págs. 119-199; NAVOT, S. *Israel: creating a Constitution-The use of foreign precedents by the Supreme Court (1994-2010)*, en GROPP, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 129-155; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Págs. 547-585; PIERDOMINICI, L. The Supreme Court of Israel and the use of Comparative Law, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 853-871.

<sup>318</sup> HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Óp. Cit. Págs. 132-133

<sup>319</sup> PIERDOMINICI, L. *The Supreme Court of Israel and the use of Comparative Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 858-859.

territorio palestino-israelí previa la creación del Estado, no obstante, luego fue incorporando la de otros países, principalmente la de EE. UU.<sup>320</sup>

Como otra de las causas que identifican a la Corte israelí como representante de la postura *permisiva*, se destaca la vinculatoriedad del derecho inglés para sus jueces hasta los años ochenta. Asimismo, la ausencia de una Constitución formal que permitiera establecer un cuerpo único sobre el cual hacer el control de constitucionalidad. En su lugar, desde 1958 hasta el 2018, se han expedido trece leyes fundamentales que regulan los elementos estructurales del Estado y que sirven como parámetro de constitucionalidad a tener en cuenta en el control.<sup>321</sup>

### **2.3 La postura *intermedia o ambigua* de algunas Cortes Constitucionales que no han optado por darle una aplicación directa y reiterada al fenómeno de la MIC**

Por otro lado, existe un tercer grupo de Tribunales locales que no podrían ser clasificados ni en la posición *restrictiva*, representada por la Corte Suprema de Justicia de EE. UU., por ejemplo, como tampoco en la *permisiva*, como sería la de la Corte Constitucional sudafricana o canadiense. Siguiendo a Markesinis y Fedtke, Groppi habla de aquellas Cortes que suelen ser catalogadas bajo el lema de “*doing it but not admitting*” (“lo hacen, pero no lo admiten”), ya que no generan una práctica reiterada sistematizable o explícita del fenómeno de la MIC, para definir las en uno u otro extremo. Asimismo, Brito habla de Cortes que dan un uso moderado al derecho foráneo y otras cuya recepción del derecho se hace manera críptica o escondida.<sup>322</sup>

Groppi destaca que la mayor parte de estos Tribunales pertenecen al Civil Law, lo que puede marcar una diferencia importante al momento de analizar sus posturas. Dentro de este grupo, por ejemplo, se encuentran Cortes Constitucionales como las de Italia, Alemania, Rusia y México, las cuales han recurrido al derecho comparado en pocas ocasiones, y en la mayor

---

<sup>320</sup> NAVOT, S. *Israel: creating a Constitution-The use of foreign precedents by the Supreme Court (1994-2010)*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 130-133.

<sup>321</sup> *Ibíd.* Págs. 132-135; PIERDOMINICI, L. *The Supreme Court of Israel and the use of Comparative Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 864-868.

<sup>322</sup> MARKESINIS, B; FEDTKE, J. *The judge as comparatist*. Óp. Cit. Pág. 11; PEGORARO, L. *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007; RIDOLA, P. *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione* en ALPA, G. ed., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006, citado por GROPPi, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 4-5; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 17; ZAGREBELSKY, G. *Corti costituzionali e diritti universali*. Rivista trimestrali di diritto pubblico No. 297. 2006.

parte de los casos, de forma implícita o material.<sup>323</sup> Es decir sin citar explícitamente la jurisprudencia foránea.<sup>324</sup>

Al pertenecer la mayoría de estas Cortes al sistema del Civil Law, las causas que explican la adopción de una postura *intermedia o ambigua* son diversas y pueden analizarse a partir de los planteamientos de Saunders de la siguiente manera. Como causa principal, este autor resalta que la insuficiencia de soluciones a los casos judiciales en los textos legales ha incentivado a los jueces a estudiar y tomar experiencias comparadas y foráneas. Dicha insuficiencia se presenta por la incapacidad inmediata del Legislador de regular todas las situaciones posibles, en sociedades que evolucionan más rápidamente que el derecho.<sup>325</sup>

En segundo lugar, resalta que la globalización y el derecho comparado como nueva herramienta interpretativa de los jueces, propuesta ya desde Peter Haberle, ha hecho que las “grandes familias jurídicas” se acerquen cada vez más en su funcionamiento y se disuelvan algunas de las diferencias sustanciales que los caracterizan. Por último, hace énfasis en que el litigio ante las Cortes, en aquellos procesos de protección de derechos fundamentales y de control de constitucionalidad, ha llevado a que las mismas sean más creativas y resuelvan los casos analizando las experiencias comparadas y foráneas.<sup>326</sup>

Asimismo, siguiendo a Pegoraro y a Ridola, Groppi afirma que, el hecho de no citar explícitamente jurisprudencia foránea no es indicativo de que los distintos jueces locales la desconozcan o no la utilicen implícitamente. Ejemplo de ello es el caso de la Corte Constitucional italiana que, “(...) aun cuando dispone de una apropiada área de estudio de

---

<sup>323</sup> GROPPi, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 4-5.

<sup>324</sup> Además de estas Cortes, también es común encontrar en la literatura académica la referencia a la Corte Suprema de Japón como una integrante más de este tercer grupo, quien se caracteriza por operar en un ordenamiento jurídico que fue edificado bajo influencias, trasplantes y el *borrowing* de numerosos conceptos, ideas e instituciones constitucionales occidentales. No obstante, como lo sostiene Ejima, esta Corte se ha destacado por darle un uso material o escondido al derecho foráneo en la solución de sus fallos. El caso japonés puede estudiarse en: HASEBE, Y. *Constitutional borrowing and political theory*. *International Journal of Constitutional Law*. Óp. Cit. Págs. 224-243; EJIMA, E. *Use of Foreign and comparative Law by the Supreme Court of Japan*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 800-827; EJIMA, A. *A gap between the apparent and hidden attitudes of the Supreme Court of Japan towards foreign precedents*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 273-301. De igual forma pueden analizarse los casos de las Cortes belga y suiza en: CARROZZA, P. *The Constitutional Court of Belgium and the Use of The Comparative Argument*. *From the Dialogue with the “sisters Courts” to the Dialogue with the European Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 348-375; GEROTTO, S. *The use of comparison in the Swiss Federal Tribunal Case Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 402-424.

<sup>325</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. Óp. Cit. Págs. 576-577.

<sup>326</sup> *Ibid.*

derecho comparado, no cita casi nunca precedentes extranjeros de forma explícita”.<sup>327</sup> Brito, por su lado, asegura que esta Corte no ha sido ajena al derecho comparado, y en ocasiones han recurrido a él sólo para dar valor a sus propias conclusiones.<sup>328</sup>

De igual forma, Sperti señala que resulta difícil situar la experiencia italiana en alguna de las posturas descritas en los acápites anteriores, dada la escasa citación a jurisprudencia foránea constitucional. A su vez, porque las pocas veces que la Corte ha citado dichas fuentes, ha sido con la finalidad de reforzar las conclusiones expuestas en la parte motiva de los fallos.<sup>329</sup> En sentido similar lo demuestra Zeno-Zencovich, quien sostiene que tanto en su historia, así como en el pasado reciente y la época actual, esta Corte ha mostrado una actividad muy limitada al uso del derecho comparado y el derecho foráneo en general.<sup>330</sup>

Siguiendo a Markesinis y Fedtke, Sperti concuerda con que esta Corte le ha dado un uso implícito a la jurisprudencia foránea a través del método de derecho comparado. Tal es el caso, por ejemplo, de la Sentencia No. 27 de 1975 sobre el derecho al aborto, donde se tuvieron en cuenta los fundamentos de la Sentencia *Roe Vs. Wade* de 1973 de la Corte Suprema de Justicia norteamericana.<sup>331</sup> De acuerdo con Zeno-Zencovich, en época más reciente la

---

<sup>327</sup> PEGORARO, L. *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*, Bologna, CLUEB, 2007; RIDOLA, P., “*La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*” en ALPA, G. ed., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006, citado por GROPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 5. De igual forma, ver: BARSOTTI, V., CAROZZA, P., CARTABIA, M., SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. OUP. 2016.

<sup>328</sup> En concordancia con Pegoraro, Baldassarre y Sperti, este autor identifica algunas Sentencias en donde excepcionalmente la Corte italiana ha recurrido explícitamente a derecho foráneo. Sobre el listado que ofrece Brito, hemos realizado una constatación sobre la fuente foránea citada. Así, la S. 123/1980, cita el fallo *Missouri vs. Holland* de 1920, 252 U.S. 416, de la Corte Suprema de Justicia norteamericana; la S. 300/1984 cita la Decisión del 30 de diciembre de 1976 del Consejo Constitucional francés; S. 161/1985 cita el fallo del 11 de abril de 1978 del Tribunal Constitucional alemán; la S.1085/1988 cita los códigos penales de Alemania y EEUU; la S. 329/1992 cita la Sentencias de diversos tribunales, como el Tribunal de Justicia de Frankfurt, Tribunal de Casación francés, Tribunal Constitucional alemán, Tribunal de apelación de la Haya, y el Tribunal Federal suizo; la S. 286/1995 cita la Sentencia del 24 de julio de 1968 del Tribunal Constitucional alemán. BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 17.

<sup>329</sup> Así lo describe la autora: “L'esperienza del nostro Paese non trova invece facile collocazione in alcuno dei modelli descritti: sebbene, infatti, nella giurisprudenza civile siano numerosi gli esempi di ricorso alla comparazione e di collaborazione con le corti straniere (tanto da far ritenere emergente, anche nella nostra esperienza, una), la giurisprudenza costituzionale rivela uno scarso riferimento alle pronunce costituzionali straniere. (...) I casi di citazione di precedenti di altre corti supreme sono inoltre in genere solo incidentali ed utili per rafforzare le conclusioni espresse nella motivazione”. SPERTI, A. *I Giudici Costituzionali e la Comparazione Giuridica*. *Giornale di Storia Costituzionale*, 11, 2006. Pág. 200.

<sup>330</sup> ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court, en The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 451. Para soportar su tesis, el autor cita los siguientes trabajos académicos que han pretendido analizar el uso de derecho foráneo y comparado por parte de la Corte italiana: ZENO-ZENCOVICH, V. *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?* en *Diritto Pubblico Comparato e europeo*. 2005; PASSAGLIA, P. *Corte Costituzionale e comparazione giuridica: un'analisi (molto) sinodotica, una conclusione (quasi) sinestetica*, en *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nel decennio 2006-2016*. ESI. Napoli. 2017.

<sup>331</sup> *Ibid.* Pág. 201.

tendencia apunta al uso cada vez más frecuente y explícito del recurso a la comparación para darle mayor soporte argumentativo a sus fallos.

Para ilustrar lo anterior, este autor destaca la Sentencia No. 250 de 2010 que estudió la constitucionalidad de legislación referente a los migrantes ilegales, donde se utilizó derecho foráneo para demostrar que, en otros países como Alemania, Reino Unido y Francia el estatus de la migración ilegal era sancionado más duramente que en Italia al ser considerado como un delito. De igual forma ocurrió con la Sentencia No. 138 de 2010 que declaró la inconstitucionalidad del matrimonio civil que excluía a las parejas del mismo sexo, para lo cual se evaluó y tuvo en cuenta la regulación legal de un gran número de ordenamientos jurídicos.<sup>332</sup>

Recientemente, en la Ordenanza No. 207 de 2018 la Corte Constitucional italiana citó explícitamente la Sentencia del 06 de febrero del 2015 emitida por la Corte Suprema de Canadá, para resolver un caso análogo sobre la inconstitucionalidad de penalizar la asistencia médica al suicidio en personas adultas. Esto pudo haber marcado el comienzo de una nueva tendencia de la Corte, o, por el contrario, la ratificación del uso aislado y puntual del derecho foráneo. En todo caso, deberá esperarse a ver cómo evoluciona su jurisprudencia.<sup>333</sup>

Por otro lado, según Martini y Haberl, el caso del Tribunal Constitucional alemán se caracteriza por una escasa citación de jurisprudencia foránea durante sus primeras décadas de funcionamiento en lo que respecta al derecho constitucional, más no con relación al derecho privado. De acuerdo con estos autores, la postura restrictiva inicial se debió a que el Tribunal quería fijar su propia autoridad y sólo hasta la década de los noventa comenzó a abrirse lentamente hacia la jurisprudencia de otras Cortes locales como la norteamericana y la suiza.<sup>334</sup>

De igual forma, Groppi ilustra cómo hasta la Sentencia del 30 de junio de 2009, este Tribunal citó explícitamente una resolución de la Corte Constitucional checa en el caso sobre el Tratado de Lisboa.<sup>335</sup> No obstante, Haberl referencia la Sentencia del 29 de julio de 1952,

---

<sup>332</sup> ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 452-453.

<sup>333</sup> Italia. Corte Costituzionale. Ordenanza No. 207 del 2018.

Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=207>

<sup>334</sup> El caso alemán puede estudiarse en: MARTINI, S. *Lifting the constitutional curtain? The use of foreign precedent by the German Federal Constitutional Court*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 229-253; HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 295-324; HABERL, S. *Uso complementare della comparazione giuridica e giurisprudenza costituzionale nell'esperienza tedesca*, en FERRARI, G., GAMBARO, A. (Eds.) *Corti nazionali e comparazione giuridica*, en Edizioni Scientifiche Italiane. 2006. Pág. 155.

<sup>335</sup> GROPPi, T. *¿Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 54

como la primera de varias Sentencias donde el Tribunal tuvo en consideración material foráneo para determinar el sentido de un tratado político. En todo caso, agrega que la tendencia esporádica del Tribunal hasta la actualidad ha consistido en utilizar el derecho foráneo como un argumento adicional o complementario en sus fallos, pero no con carácter vinculante.<sup>336</sup>

Esta autora también explica que el recurso a la comparación, como a la citación de derecho foráneo por parte del Tribunal alemán, ha tenido un desarrollo importante en los Salvamentos de Voto u “opiniones separadas” de las Sentencias, los cuales les han permitido a los magistrados disidentes complementar sus argumentos con materiales externos al ámbito nacional. Aunque no se puede encontrar un patrón específico de citación, la lista es encabezada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, seguida de algunas referencias a los Tribunales de Suiza, Reino Unido, Francia e Italia. Finalmente, se destaca el uso material o implícito que se ha dado en el Tribunal, el cual se hace más difícil de identificar.<sup>337</sup>

Por otro lado, y a modo ilustrativo, dentro de este grupo también suele incluirse a la Corte Constitucional rusa, cuya creación se origina tras la caída y posterior desaparición de la Unión Soviética. Esta Corte se ha caracterizado por sostener que no es necesario tener en cuenta fuentes foráneas para su labor jurisdiccional ya que no son vinculantes, y por ser el derecho interno es autosuficiente para resolver todos los casos. Al respecto, Mazza y Belov concuerdan con que esta ha sido la posición mayoritaria y reiterada, no obstante, pueden encontrarse algunos usos ambiguos o intermedios de dichas fuentes.<sup>338</sup>

A pesar de ser una postura muy sólida y reiterada, al punto de ser calificada como “patriótica” y “aislada”, Mazza y Belov afirman que ha existido cierta ambigüedad por parte de la Corte al usar el derecho foráneo en las *opiniones separadas* o salvamentos de voto de los distintos fallos, por parte de los magistrados que no están de acuerdo con la decisión mayoritaria. De igual forma ha ocurrido al darle un uso escondido o implícito en temas políticamente sensibles.

---

<sup>336</sup> BVerfGE 1, 372 (20.07.1952), citado por HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 301-302.

<sup>337</sup> HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 303-304.

<sup>338</sup> El caso ruso puede ser estudiado en: MAZZA, M. *The Russian Constitutional Court and The Judicial Use of Comparative Law: a problematic relationship*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 531-567; BELOV, S. *Russia: foreign transplants in the Russian Constitution and invisible foreign precedents in decisions of the Russian Constitutional Court*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 155-185.

Mazza concluye que, el estricto formalismo del sistema judicial ruso en general hace nugatoria la posibilidad de que los jueces de la Corte Constitucional sean abiertamente favorables a citar y utilizar el derecho foráneo, así como el recurso a la comparación jurídica. Entre otras cosas, esto obedece a la fuerte influencia que ejercen las demás Altas Cortes de las distintas jurisdicciones, quienes controlan estrictamente el uso de las fuentes locales vinculantes en los fallos producidos por jueces de inferior jerarquía.

Por último, también puede referenciarse el caso de la Suprema Corte de Justicia mexicana, que, según Ferrer y Sánchez, ha intentado en las últimas décadas incorporar experiencias comparadas en su jurisprudencia de forma explícita, con el fin de encontrar “estrategias” novedosas para resolver los casos. Sin embargo, la mayoría de las incorporaciones se han hecho de manera no explícita o material, lo que las hace más difíciles de rastrear. Entre los pocos tribunales citados se encuentran el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Corte Suprema de Justicia norteamericana; y la Corte Constitucional colombiana.<sup>339</sup>

De igual forma lo expone Polacchini, quien afirma que esta Corte es quizás la única de Latinoamérica que no cita, utiliza e incorpora derecho foráneo abiertamente, convirtiéndose en una excepción a la tradición jurídica extendida en centro y Suramérica. Resulta paradójico, según esta autora, que, a pesar de haberse redactado la Constitución mexicana bajo el borrador de la norteamericana, la influencia foránea se haya detenido y hoy se predique un “uso silencioso” de la práctica comparativa.<sup>340</sup>

Finalmente, esta autora destaca que de esta práctica implícita o silenciosa que ha tenido esta Corte, se han podido rastrear influencias provenientes del Tribunal alemán, en cuanto al principio y juicio de proporcionalidad; el concepto del mínimo vital, entendido como el mínimo de condiciones materiales de existencia que deben ser garantizadas a una persona, proveniente de la jurisprudencia española y alemana; y el análisis estricto de las clasificaciones legales que pueden resultar discriminatorias, de la jurisprudencia norteamericana.<sup>341</sup>

## **2.4 Conclusión y valoración personal**

---

<sup>339</sup> El caso mexicano puede estudiarse en: POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 827-853; FERRER, E.; SÁNCHEZ, R. *Struggling for a open view in constitutional adjudication*, en GROPP, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 301-321.

<sup>340</sup> POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 845-846.

<sup>341</sup> *Ibíd.*



Bajo el propósito de continuar con la metodología propuesta para este trabajo, a continuación, expondremos algunas conclusiones sobre lo ilustrado en el presente acápite, así como nuestra valoración personal al respecto. En primer lugar, deseamos resaltar que, a pesar de encontrarse buena parte de la doctrina de acuerdo con el planteamiento de que las Cortes Constitucionales locales desarrollan su trabajo como una empresa o comunidad global que persigue objetivos similares, no podría decirse lo mismo respecto a su postura frente a la aplicación del fenómeno de la MIC.

Como se pudo evidenciar en líneas precedentes, las posturas son tan variadas como el número de Cortes locales existentes. No obstante, pueden identificarse tres grandes grupos que comparten características similares en sus planteamientos. El primero de ellos, se encuentra integrado por aquellas Cortes que sostienen una posición *restrictiva*, y en consecuencia, que han decidido limitar al máximo la aplicación del fenómeno de la MIC en su jurisprudencia. A pesar de constituirse como la postura minoritaria, ha tenido importantes exponentes como la Corte Suprema de Justicia norteamericana; el Tribunal Constitucional austriaco; y el Consejo Constitucional francés.

Con excepción de la Corte Suprema de Justicia norteamericana que hace parte del Common Law, se ha considerado por la doctrina que por sus propias particularidades y tradiciones jurídicas, las Cortes locales pertenecientes al Civil Law son las verdaderas llamadas a integrar este primer grupo. No obstante, la realidad tiene un sentido diferente y en la actualidad se observa que buena parte de estas Cortes se han abierto a recibir y utilizar experiencias comparadas y foráneas en sus ordenamientos.

Tribunales como el austriaco y el francés, aparentan ser fieles exponentes del modelo más tradicional y arraigado al Civil Law, el cual sienta las bases para seguir sosteniendo una postura *restrictiva*. Sin embargo, autores como Haberl, Gamper, Brito y Carpentier han descubierto que ésta es apenas aparente y que existe una tendencia a la apertura cada vez mayor. En el mismo sentido lo sostienen Grabenwarter y Passaglia, quienes explican que en las últimas décadas se ha evidenciado una importante apertura de estas Cortes hacia el fenómeno de la migración de ideas constitucionales en sus distintas variantes, lo que entre otras cosas demuestra, su permeabilidad a incorporar y utilizar experiencias foráneas en su jurisprudencia.

En parte creemos que esto se debe a fenómenos como la globalización y la era de la informática, los cuales trascienden a los propios modelos clásicos del Civil y Common law, y cuyas características estructurales se han ido entrelazando poco a poco al punto de formar

modelos eclécticos o “autoinfluentes”. También resulta complejo para estas Cortes seguir siendo un centro “aislado” de producción normativa sin tener en cuenta el trabajo de sus pares en un mundo cada vez más interconectado. Al parecer, y con esta reciente evidencia, la Corte Suprema de Justicia norteamericana se convertiría en el único Tribunal que seguiría sosteniendo la mencionada postura.

El segundo grupo se constituye por aquellas Cortes locales que predicán una postura *permissiva* en la aplicación del fenómeno de la MIC, dado el fomento y puesta en práctica de materiales foráneos no vinculantes producidos por Cortes de distintos ordenamientos. Al ser la postura mayoritaria, existe una gran cantidad de casos posibles de analizar. No obstante, la característica principal que esperaríamos unirlos es su pertenencia al sistema del Common Law, donde por sus propias tradiciones, las Cortes han estado habituadas a utilizar el derecho producido por otros jueces y a seguir los precedentes de los casos análogos.

Muestra de lo anterior son todas las Cortes pertenecientes a países que fueron ex-colonias británicas y que al independizarse adoptaron un modelo abierto a las experiencias foráneas, principalmente, por haber estado prohibido y por haber sido el derecho inglés el único vinculante y obligatorio. Ejemplo de ello son los casos más conocidos y estudiados en la actualidad por la doctrina, donde se encuentran las cortes Constitucionales de la India, Australia, Nueva Zelanda, Israel, Sudáfrica y Canadá, con la excepción de Estados Unidos de América como se ya ha mencionado.

No obstante, la realidad también muestra que buena parte de los Tribunales del Civil Law integran este grupo. Compartimos los planteamientos de Saunders dirigidos a explicar que dada la insuficiencia de la ley para regular todos los asuntos posibles que los jueces deben resolver, éstos han volcado la mirada a las soluciones de sus pares foráneos al respecto. Por otro lado, reiteramos que los casos de Canadá, India e Israel se vieron marcados por una determinante influencia del derecho anglosajón, que, al ser vinculante incluso luego de los procesos de independencia y la creación de nuevos Estados, les permitió a las Cortes adecuar su razonamiento en las características propias del Common Law.

Por último, hay un tercer grupo de Tribunales que no pueden ser clasificados en ninguna de las dos posturas anteriores, dada la falta de sistematización y práctica reiterada de uno u otro caso. Por ello, los hemos categorizado bajo una posición *ambigua o intermedia*. Casi en su totalidad, estos Tribunales pertenecen al Civil Law y podría afirmarse que, algunos estarían intentando hacer el tránsito hacia una postura un poco más permisiva, como lo sería el caso

italiano y el mexicano. Otros, en cambio, parecerían querer mantenerse en una postura más cercana a la restricción, como lo serían los casos alemán y ruso, donde se ha visto un uso importante del derecho foráneo y la comparación en las opiniones separadas o salvamentos de voto de las sentencias.

Finalmente, siguiendo en cierta medida los planteamientos de Groppi, consideramos que, más allá de las distintas posturas que han adoptado las Cortes Constitucionales a nivel global, el fondo del asunto radica en un cambio de paradigma donde los jueces abandonan un rol individualista y local, para abrirse al entendimiento de las experiencias comparadas frente a casos comunes que deben enfrentar. Por ello, buena parte de los críticos de este fenómeno siguen defendiendo roles menos “activos” de los jueces y el apego estricto al tenor literal de la ley, así como a la intención original del Constituyente.<sup>342</sup>

### **3. La Corte Suprema de Justicia norteamericana puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que han limitado la aplicación del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales en su jurisprudencia**

Como fue anunciado en la introducción de este Capítulo, se ha escogido el caso de la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. para representar la posición *restrictiva* o que limita la aplicación del fenómeno de la MIC en sede de las Cortes locales. Sus razones se centran, principalmente, en que resulta una práctica antidemocrática y una amenaza para la soberanía nacional.<sup>343</sup> Por ello, este acápite se ocupa de ilustrar cuál es el origen de esta posición y en cuáles fuentes jurisprudenciales y doctrinales puede encontrarse.

Dicho lo anterior, en el primer capítulo se anticipó, al explicar las tesis relacionadas con la *ilegitimidad* en la aplicación de la MIC, que en los años noventa los jueces de esta Corte protagonizaron un importante debate que tuvo extendidas repercusiones académicas y judiciales. Este se concentró en determinar, si resultaba o no legítimo utilizar fuentes de derecho foráneo como fundamento de sus fallos y parámetro interpretativo de su Constitución.<sup>344</sup> Según Saunders, los primeros en documentar y analizar este debate fueron los

---

<sup>342</sup> GROPPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Pág. 8.

<sup>343</sup> Parte de la influencia del derecho foráneo, así como del internacional, en la Corte Suprema de Justicia norteamericana se encuentran documentados en MURPHY, S. *United States Practice in International Law*. Cambridge University Press. Volume 2, 2002-2004.

<sup>344</sup> Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Óp. Cit. De igual forma ver: O'CONNOR, S. *Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law*, 45 Federal Law 20. 1998.

constitucionalistas Tushnet y Jackson<sup>345</sup>. Sin embargo, de manera reciente lo han hecho también Andenas, Fairgrieve y Ferrari, por ejemplo.<sup>346</sup>

La obra de Tushnet, por un lado, nos permite conocer algunos de los fallos más relevantes que reflejan la posición de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Esta se basa en establecer que tanto la actividad comparada de los demás Tribunales del mundo, como las ideas foráneas que allí se desarrollen, resultan irrelevantes para su labor jurisdiccional. Este autor agrega que, en su país existe más interés por exportar doctrinas que por copiarlas de otros lados.<sup>347</sup> Jackson, por su parte, ha sido una defensora del uso de las decisiones foráneas en sede judicial como fue expuesto en el Capítulo anterior.<sup>348</sup>

El debate fue igualmente documentado por Choudhry, quien afirma que la Corte Suprema de Justicia norteamericana ha estado dividida desde finales de los años noventa hasta la actualidad en torno a la referida pregunta.<sup>349</sup> Resalta que hay una minoría que se encuentra a favor, encabezada por los jueces Breyer y O'Connor, quienes son partidarios de que la Corte utilice jurisprudencia foránea para interpretar la Constitución y resolver los casos. Aquí también podrían incluirse a los jueces Kennedy y Ginsburg.<sup>350</sup>

El Juez Breyer, por su lado, da razones de utilidad y conveniencia. Afirma que los juristas citan lo que les resulta útil para resolver los casos, y que las Cortes cada día enfrentan más problemas comunes, lo que las lleva a utilizar las mismas doctrinas para solucionar los mismos problemas. Agrega que los jueces observan a sus pares en otros países y deciden leerlos para mirar cómo resuelven los problemas. O'Connor, por su parte, sostiene que utilizar derecho foráneo en general deja una buena impresión del trabajo de la Corte.<sup>351</sup>

Sin embargo, la mayor parte de los jueces en este país defiende la corriente del *originalismo* como método para interpretar la Constitución. A grandes rasgos, este método se centra en dos ideas fundamentales. La primera, en mantener el contenido semántico de las

---

<sup>345</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. GINSBURG, T.; DIXON, R. *Comparative Constitutional Law*. Óp. Cit. Págs. 575-582. Este autor también ubica a la Corte Suprema de Singapur dentro de las Cortes más representativas que se oponen al fenómeno de la MIC, quien ha adoptado una posición similar a la de la Corte Suprema de Justicia norteamericana.

<sup>346</sup> ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, Óp. Cit. Págs. 25-61; FERRARI, G. *Legal comparison within the case law of the Supreme Court of the United States of America*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 94-140.

<sup>347</sup> TUSHNET, Mark. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325

<sup>348</sup> JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. Óp. Cit.

<sup>349</sup> CHOUDHRY, Sujit (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Óp. Cit. Págs. 1-12.

<sup>350</sup> *Ibíd.*

<sup>351</sup> *Ibíd.*

disposiciones constitucionales fijado al momento de su expedición; y la segunda, en que este significado original contribuye al contenido y desarrollo de las prácticas constitucionales actuales. En virtud de lo anterior, desde esta corriente no podría sostenerse la aplicación del fenómeno de la MIC.<sup>352</sup>

Según Ferrari, el ámbito de análisis para comprender el debate suscitado en esta Corte se sitúa desde el fallo *Printz vs. United States* de 1997 hasta *Roper vs Simmons* en 2005, donde se alcanzó el punto más alto de la polarización. En este orden de ideas, en *Printz vs. United States* de 1997, la Corte declaró inconstitucionales ciertas disposiciones provisionales de la Ley “Brady” de Prevención contra la Violencia Armas de Mano que violaban la Décima Enmienda.<sup>353</sup>

En esta decisión, el Juez Breyer afirmó que la Corte debía mirar experiencias comparadas para entender que el concepto de soberanía que regía en EE. UU. no era una parte esencial del Federalismo. En este sentido, agregó que, podían estudiarse experiencias comparadas para mirar soluciones a problemas comunes. Sin embargo, el Juez Scalia, apoyado por los Jueces Rehnquist, O'Connor, Kennedy, y Thomas, detuvo su iniciativa y sostuvo que la experiencia comparada servía para el diseño constitucional pero no para la interpretación constitucional, que debía siempre partir del *originalismo*.<sup>354</sup>

De igual forma, en *Raines vs. Byrd*. de 1997, donde la Corte sostuvo que miembros individuales del Congreso no tenían la legitimación automática para litigar la constitucionalidad de las leyes que afectan al mismo Congreso en general, la posición dominante fue la del Juez Rehnquist, apoyado por O'Connor, Scalia, Kennedy, Thomas, y

---

<sup>352</sup> CALABRESI, G. *A Critical Introduction to the Originalism Debate*. Harvard Law Journal of Law and Public Policy. Vol. 31. No. 3. 2008, Pág. 875; SOLUM, L. *Semantic Originalism*, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers, Series No. 07-24, 2008, Págs. 2-11; WHITTINGTON, K. *Originalism: a Critical Introduction*. Fordham Law Review. Vol. 82. 2013. Págs. 394-400; SOLUM, L. *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*” (ed.) G. Huscroft & B. W. Miller, en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 33-35; citado por LAISE, D. *La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista. Método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades*. Revista de Historia Constitucional No. 18. Universidad de Oviedo. España. 2017. Págs. 4-5.

<sup>353</sup> FERRARI, G. *Legal comparison within the case law of the Supreme Court of the United States of America*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 94-140.

<sup>354</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Printz vs. United States*. 117 S. C. 2365 (1997), citado por TUSHNET, Mark. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325. En este fallo el Juez Scalia lideró la mayoría de la votación de la Corte, obteniendo así la declaratoria de inconstitucionalidad de algunas disposiciones provisionales de la Ley “Brady” de Prevención contra la Violencia Armas de Mano.

Ginsburg, quienes consideraron restringir el uso de derecho constitucional comparado y foráneo, producido en otros ordenamientos jurídicos para interpretar la Constitución.<sup>355</sup>

Posteriormente, en *Foster vs. Florida* del año 2002, la opinión concurrente del Juez Thomas al negarle el recurso de *certiorari* al peticionario quien había sido condenado a pena de muerte en el marco de un proceso con irregularidades procesales, fue enfática en determinar que la Corte no debe tener en cuenta “estados de ánimo o modas foráneas” que puedan imponerse sobre las decisiones del pueblo norteamericano.<sup>356</sup>

A pesar de la tendencia restrictiva dominante en la Corte, el debate llegó a su punto más álgido con el fallo *Lawrence vs. Texas* del año 2003, que despenalizó el delito de sodomía en Texas y otros trece Estados por vulnerar la decimocuarta enmienda. La sentencia fue redactada por el Juez Kennedy, y en ella se incluyeron algunos argumentos basados en fuentes de derecho foráneo e internacional, como las interpretaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que fundamentaron la decisión. Esta fue apoyada por los jueces Stevens, Souter, Ginsburg, Breyer, y O'Connor.<sup>357</sup>

Los jueces Scalia, Thomas y Rehnquist manifestaron su desacuerdo con este fallo, y en las opiniones disidentes expresaron que “La discusión del Tribunal de estos puntos de vista extranjeros (ignorando, por supuesto, los muchos países que han conservado las prohibiciones penales sobre la sodomía) es, por lo tanto, un dictamen sin sentido. Dichos peligros, sin embargo, desde que “este Tribunal” (...) no debe imponer estados de ánimo o modas extranjeras a los estadounidenses”.<sup>358</sup>

El otro punto de inflexión se dio con el fallo *Roper vs. Simmons* en 2005 que declaró la inconstitucionalidad de la pena de muerte para menores de dieciocho años que hubiesen cometido delitos, con votos favorables de los jueces Kennedy, Stevens, Souter, Ginsburg, y Breyer. De las consideraciones de Kennedy y O'Connor, se puede deducir su favorabilidad por

---

<sup>355</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Raines v. Byrd*. 117 S. Ct. 2312 (1997), citado por TUSHNET, Mark. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325.

<sup>356</sup> THOMAS, J., concurring in denial of certiorari. EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Foster vs. Florida*, 537 U. S. 990, n. (2002). De igual forma, esta posición se observa en la *dissenting opinion* del Juez Rehnquist: “While Congress, as a legislature, may wish to consider the actions of other nations on any issue it likes, this Court's Eighth Amendment jurisprudence should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans”. Cf. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 324-325 (2002) (REHNQUIST, C.J., dissenting).

<sup>357</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Lawrence vs Texas* 539 US 558 (2003).

<sup>358</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Opinión Disidente (Dissenting Opinion) del juez Scalia en el fallo *Lawrence vs Texas* 539 US 558 (2003) Pág. 44. Para profundizar sobre este debate ver ESKRIDGE, W. Jr. *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 2, Issue 3, July 2004, Págs. 555-560. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.555>

que la Corte acuda a fuentes jurídicas foráneas para interpretar la Constitución y fundamentar sus fallos. El Juez Kennedy, por ejemplo, afirmó que “(...) la opinión de la comunidad mundial, sin controlar nuestro resultado, proporciona una confirmación respetada y significativa de nuestras propias conclusiones”.<sup>359</sup>

La Jueza O’Connor, por su parte, consideró que “la evolución de la comprensión de la noción de la dignidad humana ciertamente no está totalmente aislada ni inherentemente en desacuerdo con los valores que prevalecen en otros países. Por el contrario, no debería sorprendernos encontrar congruencia entre los valores nacionales e internacionales, especialmente donde la comunidad internacional ha alcanzado un acuerdo claro expresado en el derecho internacional o en las leyes nacionales de los países individuales, que una forma particular de castigo es incompatible con los derechos humanos fundamentales. Al menos, la existencia de un consenso internacional de esta naturaleza puede servir para confirmar la razonabilidad de un consenso estadounidense consonante y genuino”.<sup>360</sup>

En contra de esta decisión estuvieron, nuevamente, los jueces Scalia, Rehnquist y Thomas. El primero de ellos fue enfático en determinar su rechazo por la utilización de fuentes de derecho foráneas e internacionales. Así lo manifestó: “(...) la premisa básica del argumento de la Corte: que la ley estadounidense debe ajustarse a las leyes del resto del mundo, debe ser rechazada de inmediato (...) No creo que la aprobación de “otras naciones y pueblos” debería reforzar nuestro compromiso con los principios estadounidenses más de lo que (lo que debería seguir lógicamente) la desaprobación de 'otras naciones y pueblos' debería debilitar ese compromiso”.<sup>361</sup>

---

<sup>359</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Roper vs. Simmons*, US 543 US 551 (2005). El original del texto citado es el siguiente: “The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions”. Citado por CALABRESI, S., DOTSON, S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 743 (2005). Pág. 743.

<sup>360</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Roper vs. Simmons*, US 543 US 551 (2005). El original del texto citado es el siguiente, y se precisa que esta Jueza tuvo una opinión disidente: “[T]his Nation's evolving understanding of human dignity certainly is neither wholly isolated from, nor inherently at odds with, the values prevailing in other countries. On the contrary, we should not be surprised to find congruence between domestic and international values, especially where the international community has reached clear agreement expressed in international law or in the domestic laws of individual countries-that a particular form of punishment is inconsistent with fundamental human rights. At least, the existence of an international consensus of this nature can serve to confirm the reasonableness of a consonant and genuine American consensus”. Citado por CALABRESI, S., DOTSON, S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 743 (2005). Pág. 743.

<sup>361</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Roper vs. Simmons*, US 543 US 551 (2005). El original del texto citado es el siguiente: “(...) the basic premise of the Court's argument-that American law should conform to the laws of the rest of the world-ought to be rejected out of hand.... I do not believe that approval by 'other nations and peoples' should buttress our commitment to American principles any more than (what should logically follow) disapproval by 'other nations and peoples' should weaken that commitment”. Citado por CALABRESI, S.,

Igualmente agregó que “(...) El Tribunal debería profesar su disposición a reconsiderar todos estos asuntos a la luz de las opiniones de los extranjeros, o debería dejar de exponer las opiniones de los extranjeros como parte de la base razonada de sus decisiones. Invocar la ley extranjera cuando está de acuerdo con el propio pensamiento, e ignorarlo de otra manera, no es una toma de decisiones razonada, sino sofistería”.<sup>362</sup>

El debate fue reabierto en 2010 con el fallo *Graham vs. Florida*, en donde la Corte dictaminó que las sentencias obligatorias de por vida sin libertad condicional para los delincuentes juveniles en relación con delitos diferentes al asesinato violaban la VIII Enmienda constitucional. El Juez Kennedy argumentó que EE. UU. debía tener en cuenta la opinión y los consensos internacionales a los que otras Cortes locales y Tribunales internacionales habían llegado al respecto, sin que ello fuera vinculante, pero sí relevante.<sup>363</sup>

En 2015 la Cámara de Representantes del Congreso de la República emitió la Resolución No. 3052, donde se prohibía 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.<sup>364</sup>

En síntesis, una parte de la doctrina concuerda, con que la tendencia generalizada de esta Corte ha sido de carácter restrictiva y conservadora en relación con el uso de derecho

---

DOTSON, S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 743 (2005). Pág. 744.

<sup>362</sup> A continuación se transcribe el texto original completo donde queda claro cuál fue la posición del Juez Scalia quien lideró la posición restrictiva en la Corte Suprema de Justicia norteamericana: “The Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners views as part of the reasoned basis of its decisions. To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decision making, but sophistry. The Court responds that [i]t does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom. Ante 24–25. To begin with, I do not believe that approval by other nations and peoples should buttress our commitment to American principles any more than (what should logically follow) disapproval by other nations and peoples should weaken that commitment. More importantly, however, the Court’s statement flatly misdescribed what is going on here. Foreign sources are cited today, not to underscore our fidelity to the Constitution, our pride in its origins, and our own [American] heritage. To the contrary, they are cited to set aside the centuries-old American practice—a practice still engaged in by a large majority of the relevant States—of letting a jury of 12 citizens decide whether, in the particular case, youth should be the basis for withholding the death penalty. What these foreign sources affirm, rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. Acknowledgment of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court’s judgment—which is surely what it parades as today.” EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Roper vs. Simmons*, US 543 US 551 (2005). Dissenting Opinion del Juez A. Sacalia.

<sup>363</sup> EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Fallo judicial *Graham v. Florida*, 560 U.S. 2010.

<sup>364</sup> U.S. H. Resolución No. 3052 del 14 de julio de 2015. Representante Diane Black.



foráneo e internacional.<sup>365</sup> No obstante, autores como De Vergottini sostienen que en la actualidad se han superado las visiones opuestas al fenómeno de la MIC y el uso de derecho comparado en sede judicial, como las del originalismo, predominante en EE. UU., y el universalismo o aperturismo en otras latitudes.<sup>366</sup>

Por último, tal y como fue anticipado en el Capítulo anterior, existen posturas como las del Juez Easterbrook, que contradicen esta tendencia generalizada y que demuestran cómo a pesar de la concepción global que se tiene de esta Corte, históricamente ha citado y consultado derecho foráneo para fundamentar sus fallos e interpretar la Constitución.<sup>367</sup> Asimismo, lo ha sostenido Ferrari, quien en una reciente investigación ha demostrado esta constante desde el S. XIX, y en particular, cómo los jueces Rehnquist y Scalia, quienes se destacaron por liderar posiciones restrictivas frente a la aplicación del derecho foráneo, a comienzos de los años noventa, y antes que iniciara el debate, citaban derecho foráneo en sus decisiones. No obstante

---

<sup>365</sup> BENJUMEA, P. *Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 12, Número 1. Octubre. 2011. Pág. 41; ROLLA, G.; CECCHERINI, E. Scritti di diritto costituzionale comparato. Óp. Cit. Pág. 24; GRAZIANO, Thomas. Is it legitimate and beneficial for judges to compare? en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) Óp. Cit. Pág. 30; GEOFFREY, S. *Comparative Law and the Courts: what counts as comparative law?* en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 54-64; ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 269-295; GROPP, T., PONTTHOREAU, M. Óp. Cit. Pág. 422-423; JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. Legal Affairs. Óp. Cit; TUSHNET, Mark. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. Óp. Cit. Pág. 325.

<sup>366</sup> DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit. Págs. 9-10.

<sup>367</sup> EASTERBROOK, F. *Foreign Sources and the American Constitution*. Óp. Cit. De igual forma, el trabajo publicado por Harvard Law Review, sobre el estatus controversial del derecho internacional y comparado en el derecho norteamericano, logra identificar varios hitos jurisprudenciales que demuestran esta afirmación. La tradición comenzó desde El Federalista No. 63 de James Madison donde se afirmaba que el derecho de las naciones o *ius gentium* debía ser tenido en cuenta por los jueces al momento de fallar. De igual forma, las citas a derecho foráneo e internacional aparecen en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en 1823 en un caso de los “Nativos Americanos (Johnson v. M’Intosh, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 574-85, 592-96) (1823); en 1832 sobre el status de las tribus indígenas (Worcester v. Georgia, 31 U.S. 515, 551-552) (1832); en 1877 en un caso sobre la jurisdicción personal (Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714, 729-30) (1877); en 1879 al referirse al rechazo de la poligamia (Reynolds v. United States, 98 U.S. 145, 164-65) (1879); en 1857 al referirse a la esclavitud de los afroamericanos (Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 407-08, 451) (1857). Durante el S.XX, la Corte estableció que el derecho internacional es parte del derecho interno en “The Paquete Habana”, 175 U.S. 677, 700 (1900); de igual forma al pronunciarse sobre la vacunación obligatoria (Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 31-32) (1905); la regulación de los mercados (Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111, 125-26) (1942); los poderes de emergencia del gobierno, (Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579, 651-52) (1952); los castigos crueles (Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 103) (1958); los derechos que se tienen al ser arrestado (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 486-87) (1966); derecho al aborto (Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 136-38) (1973); el delito de Sodomía (Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 573) (2003); suspensión de tratamientos médicos que ponen fin a la vida (Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 718 n.16) (1997)”. Citado por Harvard International Law Review. *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*. Student Features. 2010. Disponible en: [https://harvardilj.org/2010/08/online\\_52\\_minow/](https://harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/)

ser una constante, el autor también aclara que la mayoría de las decisiones se han basado en el derecho local.<sup>368</sup>

De igual forma es expuesto por autores como Brito, quien hace un recuento histórico de los casos más importantes desde el S.XVII hasta la actualidad, en donde se recurre al derecho comparado; y Fontana quien se refiere al “uso refinado de derecho comparado” cuando la Corte se enfrenta a casos difíciles.<sup>369</sup> Por otro lado, Hirschl sostiene que esta Corte ha sido considerada erróneamente como el último bastión de la resistencia a las citas de derecho foráneo, cuando en realidad hace parte de esta práctica global al igual que las demás.<sup>370</sup>

### 3.1 Conclusión y valoración personal

A continuación, presentaremos las conclusiones relacionadas con lo expuesto en este segundo acápite, así como nuestra postura personal al respecto. En cuanto a las posiciones de algunos Tribunales o Cortes Constitucionales locales frente al fenómeno de la MIC, la Corte Suprema de Justicia norteamericana se ubica, por parte de la doctrina, como el ejemplo paradigmático que restringe su aplicación. La mayoría de los jueces que integran esta corporación han hecho prevalecer su posición sobre una minoría que ha intentado ser consecuente con la propia tradición de la Corte en abrirse al estudio de las fuentes jurídicas foráneas e internacionales.<sup>371</sup>

Refugiados en el *originalismo* como método interpretativo, y en el *expresivismo* como corriente teórica, la mayor parte de los jueces de esta Corte ha afirmado que tanto la actividad comparada de los demás Tribunales del mundo, como las ideas foráneas que allí se desarrollen, resultan irrelevantes para su labor jurisdiccional. Asimismo, que al resolver un caso en sede judicial deben tenerse en cuenta las disposiciones originales de la Constitución y sus enmiendas, así como el verdadero querer o intención de los “padres fundadores” al momento

---

<sup>368</sup> FRANCO, F. *Legal comparison within the case law of the Supreme Court of the United States of America*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 96-108, 125-126. Ver Página 103, citas 43 a 45. Los fallos donde esto sucedió fueron: 505 U.S. 833, 945. (1992); 514 U.S 334-381 (1995); 505 U.S. 377-396 (1992).

<sup>369</sup> BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril. 2010. Págs. 5-11; FONTANA, D. *Refined Comparativism in Constitutional Law*, in UCLA Law Review, n. 2, vol. 49. 2001.

<sup>370</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550.

<sup>371</sup> EASTERBROOK, F. *Foreign Sources and the American Constitution*. Óp. Cit; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 5-11.

de su expedición.<sup>372</sup> De lo contrario, sería una práctica antidemocrática que además vería amenazada su soberanía.

Al respecto consideramos que la visión propia del originalismo, que pretende privilegiar los postulados de los llamados “padres fundadores” como lo señalan algunos jueces de esta Corte, sería válida en la medida que responde a sus propios contextos. Sin embargo, no puede negarse que en un mundo interconectado y globalizado como en el que vivimos, la diferencia entre los contextos se hace cada vez más efímera, lo que necesariamente llevaría a la Corte para tener en cuenta experiencias jurídicas comparadas. Asimismo, lo ha sostenido De Vergottini, quien afirma que las visiones opuestas al fenómeno de la MIC, como lo es la del originalismo en EE. UU., han desaparecido en la actualidad.<sup>373</sup>

Por otro lado, la divulgación generalizada de la posición *restrictiva* de esta Corte frente al fenómeno de la MIC ha producido que tanto la Constitución, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, hayan perdido protagonismo e influencia en otras partes del mundo. Son cada vez menos los Tribunales Constitucionales que citan y siguen a esta Corte como lo señala Law y Versteeg, cuando anteriormente lo hacían.<sup>374</sup> Esto también se debe en buena medida a que la mayor parte de las Cortes Constitucionales locales a nivel global son favorables a esta práctica y han establecido unos valores y principios mínimos a proteger.<sup>375</sup>

#### **4. La Corte Constitucional de Sudáfrica puede representar o simbolizar a aquellas Cortes que están de acuerdo con el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales y que le han dado aplicación en su jurisprudencia**

Como fue descrito en la introducción de este capítulo, luego de ilustrar la posición *restrictiva*, representada en la literatura académica por la Corte Suprema de Justicia norteamericana, corresponde a continuación exponer la postura contraria, esto es, la de la Corte Constitucional sudafricana que ha sido seleccionada para simbolizar la posición *permissiva*.

---

<sup>372</sup> Calabresi, G. *A Critical Introduction to the Originalism Debate*. Óp. Cit. Pág. 875; LAISE, D. *La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista. Método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades*. Óp. Cit. Págs. 245-292.

<sup>373</sup> DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp. Cit. Págs. 9-10.

<sup>374</sup> LAW, D., VERSTEEG, M. *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 N.Y.U. L. Rev. 2012. Págs. 762-858.

<sup>375</sup> GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 417-430; GROPPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 1-14; BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Págs. 1-22; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550; MARKESINIS, B; FEDTKE, J. *The judge as comparatist*. Óp. Cit. 9-22.

Como fue justificado, este Tribunal bien puede representar esta posición, no sólo porque la Constitución de ese país permite el uso de derecho foráneo como soporte argumentativo de los fallos judiciales, sino porque voluntariamente ha promovido la aplicación del fenómeno de la MIC como parte de su labor interpretativa.

El caso sudafricano suele documentarse por la doctrina como particular y vanguardista por varias razones que lo distinguen y lo han hecho popular entre las distintas Cortes a nivel global. Deseamos destacar dos de las que consideramos más importantes. En primer lugar, su Corte Constitucional es relativamente joven pues nació con la Constitución provisional de 1993 y sólo comenzó a operar dos años después durante el tránsito constitucional hacia la Constitución definitiva que entró en vigor en 1997. No obstante su juventud, simboliza en sí misma buena parte del proceso que luchó por establecer la democracia, la igualdad y la paz, luego de casi medio siglo del régimen del *apartheid*.<sup>376</sup>

En segundo lugar, la época de su entrada en operación, así como sus primeros años de trabajo, son contemporáneos con el debate que empezaba a darse en la Corte Suprema de Justicia norteamericana sobre el uso de derecho foráneo en sede judicial, como con los nuevos procesos de globalización, internacionalización del derecho y la era de la informática que cambiaron la forma cómo los jueces venían trabajando, y que dieron lugar a nuevas teorías como la de “Comunicación Transjudicial”.<sup>377</sup>

Dicho lo anterior, la doctrina relaciona el caso de *State vs. Makwanyane* de 1995<sup>378</sup>, como uno de los más emblemáticos por expedirse cuatro meses después de haber entrado a funcionar la Corte Constitucional, y, además, por decidir un tema muy polémico como lo era la pena de muerte en ese país. La Corte consideró que este castigo, por los delitos cometidos a la luz del Acto o Ley No. 51 de Procedimiento Criminal de 1977, era inconstitucional de

---

<sup>376</sup> RINELLA, A., CARDINALE, V. *The Comparative Legal Toolkit of the Constitutional Court of South Africa*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 217-263; RAUTENBACH, C. *South Africa: Teaching an “old dog” new tricks?*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp. Cit. Págs. 185-211; DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit. Pág. 181-195; RINELLA, A. *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, en Giuseppe FERRARI, F.; GAMBARO, A. (editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles. 2006. Págs. 415 y ss., citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Pág. 12-13; GROPPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Óp. Cit. Págs. 2-3.

<sup>377</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550; GROPPPI, T., and PONTTHOREAU, M, (Eds). *The use of foreign precedents by Constitutional Judges*. Óp. Cit. Págs. 1-2; SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit.

<sup>378</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica. *The State vs. Makwanyane and Another*, Case No. CCT/3/94. 6 de junio de 1995.

acuerdo con el compromiso que la Constitución interina o provisional tenía con el respeto de los derechos humanos.<sup>379</sup>

Lo relevante del caso para nuestro estudio, se centra en que para llegar a esta decisión la Corte examinó en detalle y citó la jurisprudencia pertinente de los siguientes países: “Botswana, Canadá, Alemania, Hong Kong, Hungría, India, Jamaica, Tanzania, Estados Unidos, y Zimbabwe”, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos. En total, se refirió a no menos de doscientas veinte (220) citas de casos foráneos de once (11) Cortes locales y tres (3) supranacionales.<sup>380</sup>

La decisión le correspondió al Juez Arthur Chaskalson, quien además fungió como presidente de dicha Corte entre los años 1994 y 2000. En ella se puede observar la postura de este Tribunal frente a lo que luego se conocería como el fenómeno de la MIC: “(...) sin duda la jurisprudencia foránea sobre derechos fundamentales será de vital importancia para la labor de la Corte, sobre todo en los primeros años mientras ocurre la transición, pero debe ser siempre una guía y no ofrece ningún camino seguro para seguirlo”.<sup>381</sup> De igual forma lo señalan Rinella y Cardinale, quienes analizan algunos de los casos más emblemáticos y exponen una “masiva citación” durante los primeros años.<sup>382</sup>

De lo anterior se pueden elaborar dos apreciaciones. La primera, hace referencia a que desde sus inicios esta Corte fue clara en establecer que sí utilizaría jurisprudencia y material foráneo para decidir sobre sus casos internos, además por estar permitido por la Constitución; y la segunda, que su utilización estaría condicionada, pues sería una cuestión provisional mientras se daba la transición constitucional pues no se consideraba un camino jurídico seguro.

De igual forma, en el caso *The State vs. Williams and others* de 1995, el cual decidió que el artículo 294 del Acto o Ley No. 51 de Procedimiento Criminal, por medio del cual podía

---

<sup>379</sup> BENTELE, U. *Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's Experience with Comparative Constitutional Law*. Óp. Cit. Págs. 219-239; DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit. Pág. 181-195; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549-550.

<sup>380</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 549; RAUTENBACH, C., DU PLESSIS, V. *The Comparative Legal Tool-kit of the Constitutional Court of South Africa: The Consideration of German Precedents by South Africa Constitutional Court Judges*, 14 German L. J. 2013. Págs. 1539-77.

<sup>381</sup> DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit., Pág. 190.

<sup>382</sup> RINELLA, A., CARDINALE, V. *The Comparative Legal Tool-kit of the Constitutional Court of South Africa*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 217-263.

imponerse bajo ciertas circunstancias la pena corporal de azotes a menores de edad, resultaba inconstitucional a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia foránea de otras Cortes locales que promovían la prohibición de penas corporales consideradas como inhumanas y degradantes. Para llegar a esta decisión, tuvo en cuenta y citó jurisprudencia foránea de la Corte Suprema de Justicia de EE. UU.; del Tribunal Supremo de Canadá; de los Tribunales de Namibia y Zimbabwe; así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>383</sup>

A pesar de que en el histórico fallo de *State vs. Makwanyane* de 1995 quedó claro que, sin los contextos y las justificaciones adecuadas, utilizar fuentes del derecho foráneo no era un camino jurídico seguro para la Corte, con posterioridad los jueces se dedicaron a citar jurisprudencia foránea sin ningún tipo de análisis que justificara su utilización en los casos en concreto. Según Davis, esto ocurrió y se puede constatar en *Ferreira vs. Levin* de 1996, *Bernstein vs. Bester* de 1996, *Du Plessis vs. De Klerk* de 1996.<sup>384</sup>

Lo anterior generó disputas entre los mismos magistrados de la Corte quienes alegaban que los contextos de aplicación y problemas de los casos eran diferentes. La posición del Juez Kriegler en *Bernstein v. Bester* fue enfática en limitar el uso de jurisprudencia norteamericana para interpretar la Constitución sudafricana: “(...) muy a menudo vemos citas de jurisprudencia norteamericana relacionada con nuestra Constitución, sin ninguna justificación. El derecho comparado es siempre útil, más cuando hay conceptos universales que se usan, pero esto está lejos de incorporar conceptos foráneos y lejanos, así como precedentes inapropiados”.<sup>385</sup>

En el mismo sentido agregó que “(...) la Constitución de los Estados Unidos se erige como un monumento de la visión y aspiraciones libertarias de los Padres Fundadores, (...) la nuestra es un instrumento diferente (...) representa un esfuerzo multidisciplinario de cientos de expertos consejeros y negociadores políticos para producir un cianotipo en la futura gobernanza del país”.<sup>386</sup>

En virtud de lo anterior, la posición del Tribunal pareció tomar un giro significativo hacia una restricción o moderación del uso de fuentes jurídicas foráneas. Esto se refleja en el caso *Fose vs. Minister of Safety and Security* de 1997, donde se discutía si Ntandazeli Fose

---

<sup>383</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *State vs Williams and Others*. Case No. CCT/20/94. 9 de junio de 1995.

<sup>384</sup> DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit., Pág. 190.

<sup>385</sup> *Ibíd.*

<sup>386</sup> *Ibíd.* Pág. 191.

debía ser resarcido por los daños sufridos como resultado de actos policiales violentos en su contra. Esta vez, el uso de derecho foráneo provino directamente del señor Fose, quien basó sus argumentos en demostrar cómo distintas jurisdicciones determinaban las indemnizaciones en este tipo de casos, lo que llevó a la Corte a realizar un estudio comparado al respecto.<sup>387</sup>

La Corte analizó y citó jurisprudencia foránea pertinente de Nueva Zelanda, India, Sri Lanka, EE. UU., Irlanda, Trinidad y Tobago, Alemania, Canadá, y el Reino Unido. No obstante, el fallo se abstuvo de tener en cuenta el tipo de indemnizaciones que se reconocían en estas jurisdicciones, y sólo tasó a favor de Fose las que determinaban las leyes nacionales sudafricanas.

De igual forma, Brito resalta que, generalmente esta Corte ha tenido en cuenta jurisprudencia foránea en dos situaciones particulares: la primera, al determinar el consenso internacional sobre un determinado asunto antes de dictar su Sentencia; y la segunda, al identificar los esquemas argumentativos que le permitan interpretar mejor las disposiciones del derecho nacional.<sup>388</sup>

La primera situación se refleja en casos como *The State vs Buzani Dodo* de 2001, sobre la prisión perpetua<sup>389</sup> *Mohamed and others vs. President of South Africa and others* de 2001, sobre arrestos arbitrarios y derecho al debido proceso<sup>390</sup>; e *Islamic Unity Convention vs. Independent Broadcasting Authority and Others* de 2002, sobre el alcance del derecho a la libertad de expresión.<sup>391</sup> La segunda, por su parte, en casos como *The State vs. Mamabolo* de 2001, sobre el derecho a la libertad de expresión y a un juicio justo<sup>392</sup>; y *Lawyers for Human Rights and Ann Francis Eveleth vs. Minister of Home Affairs and others* de 2004, sobre el derecho de los migrantes.<sup>393</sup>

De acuerdo con lo anterior, puede afirmarse que, mientras la Corte construyó su propia jurisprudencia se mantuvo una fuerte tendencia en citar y utilizar jurisprudencia foránea para

---

<sup>387</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *Fose vs Minister of Safety and Security*. Case No. CCT/14/96. 5 de junio de 1997.

<sup>388</sup> BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Óp. Cit. Pág. 15.

<sup>389</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *The State vs Buzani Dodo*. Case No. CCT/1/01. 5 de abril de 2001.

<sup>390</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *Mohamed and others vs. President of South Africa and others*. Case No. CCT/17/01. 28 de mayo de 2001.

<sup>391</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *Islamic Unity Convention vs. Independent Broadcasting Authority and Others*. Case No. CCT/36/01. 11 de abril de 2002.

<sup>392</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *The State vs. Mamabolo*. Case No. CCT/44/00. 11 de abril de 2001.

<sup>393</sup> Sudáfrica. Corte Constitucional. *Lawyers for Human Rights and Ann Francis Eveleth vs. Minister of Home Affairs and others*. Case No. CCT/18/03. 9 de marzo de 2004.

fundamentar los fallos.<sup>394</sup> Según Davis, la jurisprudencia que más se citaba, pertenecía a los países que influenciaron su Constitución. Adicionalmente, este fenómeno puede explicarse a partir de la propia historia sudafricana, que da cuenta cómo el anterior régimen constitucional inglés, prohibió a los jueces citar y utilizar derecho foráneo, lo que necesariamente condujo a un cambio de regla. De igual forma, uno de los enfoques generales de los abogados en Sudáfrica es crear derecho a partir de decisiones de autoridad de Cortes extranjeras. Por eso se cita jurisprudencia extranjera como argumento de autoridad.<sup>395</sup>

Por último, Hirschl da cuenta de cómo este Tribunal ha citado distintas fuentes de derecho foráneo en más de la mitad de las Sentencias proferidas desde 1994, lo que explicaría por qué es considerado como uno de los que mayormente ha aplicado la MIC a través de su jurisprudencia. Por ello, no resulta sorprendente la consideración del Juez Dikgang Moseneke acerca de que sus decisiones son leídas como obras de derecho constitucional comparado en las cuales no se evita encontrar una guía tanto en los fallos judiciales, como en las obras académicas foráneas.<sup>396</sup>

Por otro lado, Rinella y Cardinale consideran que la postura *permissiva* de esta Corte obedece a una decisión política del Constituyente que le ha permitido formar una jurisprudencia sólida y que responda al contexto sudafricano. De igual forma, la labor de la Corte respecto del derecho foráneo fue muy importante en los primeros años, pero en la actualidad se ha disminuido considerablemente, lo que no significa que se le haya restado importancia. En todo caso, estos autores resaltan que en la mayoría de los fallos que se han proferido, este Tribunal ha sabido contextualizar correctamente cada incorporación foránea respecto del derecho y la realidad sudafricana.<sup>397</sup>

#### **4.1 Conclusión y valoración personal**

---

<sup>394</sup> Rinella y Cardinale exponen como en la actualidad es cada vez menos frecuente encontrar las abundantes citaciones a casos foráneos de otras Cortes. No obstante, traen a colación dos casos relativamente recientes donde sí se realizó: *Centre for Child law Vs. Minister for Justice and Constitutional Development* de 2008; y *H. Vs. Fetal Assessment Centre* de 2014. RINELLA, A., CARDINALE, V. *The Comparative Legal Tool-kit of the Constitutional Court of South Africa*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 251-256.

<sup>395</sup> *Ibíd.* Págs. 192.

<sup>396</sup> MOSENEKE, D. *The role of comparative and public international law in domestic legal systems: a South African perspective*, Advocate, Dec. 2010, citado por HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 550.

<sup>397</sup> RINELLA, A., CARDINALE, V. *The Comparative Legal Tool-kit of the Constitutional Court of South Africa*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 258-259.



A continuación, nos corresponde presentar las conclusiones relacionadas con lo expuesto en este tercer acápite, así como nuestra postura personal al respecto. En relación con el caso de la Corte Constitucional Sudafricana, consideramos que, a pesar de ser una Corte muy joven, si miramos la norteamericana, por ejemplo, ha simbolizado o representado para buena parte de la doctrina uno de los Tribunales que mejor ha llevado a cabo y fomentado la MIC. Esto obedece a tres razones fundamentales: la primera, a que la misma Constitución lo permite, lo que atenúa un poco los problemas de legitimidad vistos en el Capítulo anterior; la segunda, y quizás la más relevante, está relacionada con la reacción histórica a la prohibición de citar derecho foráneo en sede judicial durante el *apartheid*; y la tercera, a la necesidad de formar y consolidar su propia jurisprudencia a partir de las citas de aquellas Cortes que se situaban en los países que habían influenciado su Constitución.

No obstante, la doctrina mayoritaria consultada suele ubicar en dos extremos opuestos a las Cortes norteamericana y sudafricana, existen trabajos académicos que demuestran cómo puede ser una postura errada si se analiza con detenimiento. Por un lado, está el del Juez Easterbrook, que demuestra como tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia de EE. UU. ha citado y tenido en cuenta jurisprudencia foránea para interpretar la Constitución y dar soporte argumentativo a los fallos.<sup>398</sup>

Por el otro lado está la de Hirschl, quien califica como un “cliché” que la doctrina actual siga considerando a la Corte sudafricana como uno de los Tribunales que más utiliza derecho foráneo sólo por el famoso fallo de *State vs. Makwanyane* sobre la inconstitucionalidad de la pena de muerte.<sup>399</sup> En sentido similar lo considera Davis, quien a partir de la opinión del Juez Kriegler en la Sentencia *Bernstein vs. Bester*, afirmó que la postura inicial de la Corte se basó en utilizar derecho foráneo durante los primeros años mientras ocurría la transición, pero que esta práctica no sería permanente por ser insegura jurídicamente.<sup>400</sup>

Este primer periodo, que podríamos llamar de “consolidación jurisprudencial”, resulta relevante para comprender cómo las Cortes locales, a partir del análisis del caso sudafricano, forman su jurisprudencia y llegan a consolidarla. Los Tribunales creados por una nueva Constitución o reforma constitucional, deben partir de una base jurídica que generalmente no existe o es muy precaria al momento de iniciar su labor. Por ello, la manera más sencilla y

---

<sup>398</sup> EASTERBROOK, F. *Foreign Sources and the American Constitution*. Óp. Cit.

<sup>399</sup> HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 547-550.

<sup>400</sup> DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. Óp. Cit., Pág. 190.

práctica de hacerlo es observando las experiencias comparadas, con lo cual estamos de acuerdo. Sin embargo, también consideramos que es una actividad que debe ser justificada y que luego, es deseable más no un imperativo, que cada Corte aplique su propia jurisprudencia como vinculante.

## **5. 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**

En este acápite trataremos de presentar la postura de la Corte Constitucional colombiana frente al fenómeno de la MIC, así como la forma utilizada para darle aplicación en su jurisprudencia. Siendo este el propósito principal a tratar, sobre sus antecedentes y el contexto en el cual nació y comenzó a funcionar esta Corte, nos referiremos con mayor profundidad en el capítulo tercero.

Al igual que muchas otras Cortes locales, la colombiana no ha sido ajena al fenómeno de la MIC y desde sus inicios optó por darle un desarrollo particular.<sup>401</sup> Si bien su jurisprudencia no utiliza expresamente el término de “migración de ideas constitucionales”, puesto que éste sólo se refiere a una de las tantas teorías y metáforas que pretenden explicarlo, materialmente puede encontrarse una práctica reiterada de citación e incorporación de derecho foráneo, por lo que podría predicarse más que una postura *permisiva*.

Recuérdese que, en el último acápite del Capítulo anterior, atinente al “*método*” interpretativo utilizado por los jueces para darle aplicación a este fenómeno, expusimos la discusión en torno a si la acción de incorporar o utilizar derecho foráneo se hacía necesariamente a través del método del derecho comparado, o por el contrario, de forma

---

<sup>401</sup> En nuestra consideración, existen dos obras colectivas principales que abordan de manera exhaustiva y rigurosa el uso de derecho foráneo por parte de las Cortes Constitucionales locales a nivel global, y de cómo las distintas ideas han migrado por diversos ordenamientos jurídicos. En la primera, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, se expone que a pesar de ser la Corte Constitucional colombiana parte de lo que nosotros hemos denominado la postura *permisiva*, su caso no ha sido estudiado a profundidad. En la segunda obra, *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, el capítulo atinente al caso de las Cortes Constitucionales latinoamericanas, también se menciona el caso colombiano como parte del fenómeno de la migración de ideas, pero se deja por fuera de estudio. En ambas obras se da cuenta de la necesidad de examinar con mayor detenimiento el caso colombiano, que hasta la actualidad no ha sido abordado. GROPP, T., and PONTHEOREAU, M, (Eds). *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit. Págs. 1-5; POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 827-850.

independiente. Al respecto se concluyó que, fruto de lo analizado en la doctrina, no se lograba constatar la existencia de un método unificado, sino el uso de varios de ellos como el del “Cherry Picking”; el del uso material o escondido; y en efecto el del derecho comparado, que siguiendo a Somma, Graziano, Mak y Fentiman, es el que debería emplearse.<sup>402</sup>

Dicho lo anterior, la aplicación material del fenómeno de la MIC en el caso colombiano se ha dado principalmente de dos formas: la primera, y sobre la cual nos referiremos más adelante, a través de lo que la Corte denomina como “derecho comparado”, que consiste en verificar o constatar cómo ha sido regulado determinado tema o resuelto el problema jurídico formulado, en la legislación y jurisprudencia foránea. Cuando esto ocurre, es común encontrar en sus Sentencias un acápite dedicado al “derecho comparado” donde se realiza dicha verificación o constatación, que luego puede influir en la decisión. Esta primera forma, es entonces un uso explícito de las fuentes foráneas.

La segunda manera es lo que algunos autores han llamado el uso “material o escondido” que ya hemos venido exponiendo, consistente en no citar expresamente ni reconocer la autoría y el origen de la doctrina o idea que se usa en el fallo, pero que puede ser identificada como foránea si se examina a fondo. Tal y como fue precisado en la introducción de este trabajo, por las dificultades que conlleva esta identificación material o escondida de las ideas, nuestro trabajo se enfoca solo en las citas expresas realizadas bajo la primera modalidad mencionada.

En este sentido, resulta pertinente aclarar que aquello que la Corte denomina en sus fallos como “derecho comparado”, no necesariamente corresponde al uso científico del método interpretativo de esta disciplina. Como fue expuesto en el último acápite del Capítulo anterior, utilizar este método implicaría, al menos, el estudio de los contextos político, histórico, social o económico, que tuvo o tiene el derecho producido en los países que se toman como referencia para resolver los casos.

No obstante, y sin pretender evaluar si la Corte utiliza este método con precisión o no, lo que se observa en buena parte de las Sentencias, es la citación expresa del derecho producido en aquellos ordenamientos jurídicos que han regulado el tema o resuelto el problema jurídico que la Corte se plantea. Por regla general, dicha citación suele hacerse sin ningún tipo de

---

<sup>402</sup> Polacchini es otra de las autoras que recientemente ha sostenido que citar o referenciar derecho foráneo en un fallo de una Corte Constitucional local no puede ser equiparable a la utilización del método de derecho comparado. Está de acuerdo con que puede ser un indicio o un primer paso a la comparación, pero nunca una equiparación. POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Óp. Cit. Págs. 849-850.

análisis que permita comprender las diferencias, semejanzas, y consecuencias de su aplicación, así como de su utilidad para el caso en concreto. Reiteramos que este no es el propósito principal de nuestro trabajo de investigación, no obstante, su importancia.

En este orden de ideas, desde que la Corte Constitucional comenzó a funcionar en 1992, marcó una tendencia que se ha mantenido hasta la actualidad, consistente en acudir al recurso de la comparación jurídica para otorgarle mayor soporte argumentativo a sus fallos, y encontrar las soluciones que otros ordenamientos han dado a problemas jurídicos comunes para luego aplicarlas al caso colombiano.<sup>403</sup> A continuación, se exponen cronológicamente algunos de los casos más relevantes que permiten ilustrar nuestro argumento, y cumplir con el propósito planteado de conocer la postura de esta Corte frente al fenómeno de la MIC.

Sólo en el primer año de funcionamiento, la Corte recurrió al derecho comparado en diecisiete (17) fallos, dejando en evidencia no sólo una posición *permisiva* frente al fenómeno de la MIC, sino también de fomento o promoción.<sup>404</sup> Algunos de ellos, trataron ejes temáticos como el alcance y la protección que debía darse al derecho a la intimidad personal<sup>405</sup>; la libertad religiosa y de conciencia de los menores de edad<sup>406</sup>; los derechos de las personas privadas de la libertad;<sup>407</sup> la protección del derecho al debido proceso y de defensa<sup>408</sup>; y el alcance de la

---

<sup>403</sup> En la Relatoría de la Corte Constitucional se pueden encontrar alrededor de trescientos (300) registros de Sentencias donde se ha recurrido expresamente al derecho comparado para fundamentar y darle mayor soporte argumentativo a los fallos. Éstas se ubican temporalmente entre 1992 y la actualidad, y tratan temas diversos que han sido abordados principalmente a través del recurso a la comparación como forma de incorporar el derecho foráneo. Para ver este elenco de Sentencias de manera temática puede ingresarse al siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/tematico.php?todos=%25&sql=derecho+comparado&campo=%2F&pg=0&vs=0>

<sup>404</sup> Existen fundamentalmente tres tipos de fallos emitidos por la Corte Constitucional en Colombia. Los primeros son las Sentencias de Constitucionalidad, encargadas de examinar si las leyes y los actos de reforma constitucional se ajustan o no a la Constitución. Sus efectos son *erga omnes* y deben ser proferidas por la Sala Plena de la Corte. Éstas son representadas con la letra (C) que significa precisamente “constitucionalidad”. Luego se encuentran las de tutela, que buscan proteger derechos fundamentales amenazados o vulnerados en un caso en concreto, cuyos efectos son *inter partes* y son representadas con una (T) de “tutela”. Éstas son proferidas por Salas de Decisión conformadas por tres magistrados. Finalmente están las Sentencias de Unificación, que buscan llegar a la unidad de criterios o posiciones de la Corte frente a la protección que debe dársele a los derechos fundamentales. Su diferencia con las de tutela, es que son proferidas por la Sala Plena de la Corte y sus efectos son *erga omnes*.

<sup>405</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-011, 444 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>406</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>407</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. MP. Jaime Sanín Greiffenstein, Simón Rodríguez Rodríguez.

<sup>408</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-419, 496, 503, 585 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez. En estos fallos en particular, se cita expresamente un caso de la Corte Suprema de Justicia norteamericana que sirvió como base para tutelar los derechos. “Dentro del contexto del derecho comparado, valga mencionar el célebre caso de Gideon vs. Wainwright (1963) decidido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. Se trataba de una persona pobre (Gideon) que fue condenada a 5 años de prisión por un Tribunal de la Florida y como no se le proveyó de la asistencia legal de un abogado, alegó y solicitó que se lo pusiera en libertad con fundamento en la enmienda XIV de la Constitución. A ello accedió la Corte aceptando la tesis del acusado de desconocer el “due process of law” y anulando la condena pronunciada contra él porque “indigent defendant accused of serious crime must be offered the assignment of counsel.”

Acción de Tutela contra providencias judiciales.<sup>409</sup> En todos los casos, la Corte acudió al derecho comparado para analizar el alcance que otros ordenamientos habían hecho al respecto, y con base en ello definió la regulación en el ámbito local.

Las Sentencias expedidas durante esta “primera Corte”, y hasta entrado el nuevo siglo, mantuvieron constante la tendencia de acudir al derecho comparado sin que esta práctica despertara algún debate institucional o doctrinal entre los jueces como ha sucedido en otros países y fue ilustrado en los acápites anteriores.<sup>410</sup> No obstante, a medida que se fue asentando la jurisprudencia, surgieron varias interpretaciones sobre el alcance y valor que debía dársele al derecho comparado para la labor de la Corte, sin que esto pudiera entenderse como un cambio de postura.

A modo ilustrativo, en la Sentencia C-836 de 2001, donde se debatía sobre la vinculatoriedad de la *doctrina probable* de la Corte Suprema de Justicia para los demás jueces ordinarios, los magistrados Cepeda y Monroy aclararon su voto para destacar que el derecho comparado puede brindar mejores y más completos argumentos para decidir los casos. Agregaron que su valor y utilidad para la Corte radica en que le ayuda a superar las barreras analíticas que surgen entre los distintos sistemas jurídicos. Para fundamentar su postura, explicaron que luego de la Segunda Guerra Mundial se ha presentado una convergencia entre las dos grandes familias jurídicas contemporáneas, donde el Civil Law se ha nutrido cada vez más de la teoría del precedente jurisprudencial, y por su parte, el Common Law, del derecho legislado.<sup>411</sup>

Algo similar sucedió en la Sentencia C-1043 de 2005 que declaró la cosa juzgada constitucional sobre el Acto Legislativo No. 2 de 2004 que introdujo la reelección presidencial en la Constitución de 1991. Uno de los argumentos de los *Salvamentos de Voto* de los magistrados Beltrán y Rentería fue precisamente el uso inadecuado del derecho comparado que vio como positiva la reelección del Jefe de Gobierno en Colombia, a partir de la experiencia de los sistemas parlamentarios. Afirmaron los magistrados que, al existir diferencias sustanciales

---

<sup>409</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 1992. MP. José Gregorio Hernández.

<sup>410</sup> En Colombia suele analizarse la labor de la Corte Constitucional de acuerdo con el periodo de ejercicio de los Magistrados que la integran. En este sentido, cada vez que se cumplen sus ocho años de periodo, no sólo ocurre un relevo institucional, sino también el de las líneas jurisprudenciales que podrían llegar a modificarse. Esto ha hecho que en la práctica se hable de varias “Cortes” y no de una sólo, lo cual desaprobamos pues quebranta la unidad que debería tener la corporación y su jurisprudencia, con independencia de sus integrantes.

<sup>411</sup> Otra idea que puede interpretarse de esta *Aclaración de Voto* es que el derecho comparado ha contribuido a que distintos ordenamientos jurídicos, separados históricamente por sus propias características, se integren e influyeran mutuamente en sede judicial. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836 de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy Cabra.

de tipo político y jurídico entre estos sistemas, no podía trasladarse el éxito de una figura constitucional de un lugar a otro. Por el contrario, sostuvieron que la comparación debía realizarse a partir de otros sistemas presidenciales.<sup>412</sup>

Posteriormente, en la Sentencia C-342 de 2006 que examinó la constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, por medio de la cual se reglamentó el régimen de bancadas en el Congreso, la Corte fue clara en establecer que las experiencias e influencias foráneas eran importantes para entender su funcionamiento, pero que no podían ser prevalentes. Así lo expresó:

“El recurso al derecho comparado es, sin lugar a duda, valioso en la medida en que facilita la comprensión de determinadas instituciones jurídicas; tanto más en cuanto nos encontramos en un mundo globalizado, en el cual son cada vez más frecuentes las recíprocas influencias entre los diversos ordenamientos jurídicos. Pero no por ello se puede olvidar que se trata tan sólo 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”.<sup>413</sup>

Recurrir al derecho comparado para citar e incorporar derecho foráneo adquirió mayor protagonismo en la jurisprudencia de la Corte al enfrentarse a los casos difíciles o complejos. Por esto nos referimos a aquellos casos que resolvieron temas sensibles o polémicos para la sociedad colombiana, como lo han sido el aborto, la eutanasia, o el matrimonio y la adopción por parejas del mismo sexo. De igual forma, casos que han representado un enfrentamiento directo entre la Corte y los demás poderes públicos, como los límites al poder de reforma constitucional en cabeza del Congreso de la República en lo atinente a la reelección presidencial, por ejemplo. Del mismo modo ha sucedido con el control de las interpretaciones judiciales que ha hecho la Corte de los demás órganos judiciales de cierre como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia. Sobre estas últimas ideas se profundizará en el siguiente Capítulo.

Dicho lo anterior, uno de los casos emblemáticos donde la Corte consideró el derecho foráneo para proferir el fallo, fue el de la despenalización del aborto con la Sentencia C-355 de 2006. El examen tuvo en cuenta tanto las regulaciones legales como jurisprudenciales de veinticinco (25) países y tribunales, que sirvieron para llegar a la conclusión de que el delito de aborto en Colombia se ajustaba a la Constitución pero que no podía ser penalizable en tres

---

<sup>412</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1043 de 2005. Salvamentos de Voto. MP. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería.

<sup>413</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-342 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

situaciones: i) cuando corriera peligro la vida de la madre fruto del embarazo; ii) cuando existiera malformación del feto que hiciera inviable su vida; y iii) cuando el embarazo fuera producto de acceso carnal abusivo o inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, e incesto.<sup>414</sup>

La Corte utilizó el derecho comparado y el principio de proporcionalidad como técnica interpretativa para resolver la colisión de principios que se presentaba entre la libertad de la madre de poder abortar y el derecho a la vida de la persona que estaba por nacer o *nasciturus*; y a su vez, como parámetro para conocer los límites a la libertad de configuración legislativa.<sup>415</sup> Este análisis quedó consignado en la *Aclaración de Voto* del Magistrado Cepeda:

“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. Ello es valioso para evitar que en la formulación del condicionamiento se desconozca la potestad de configuración del legislador y, al mismo tiempo, se asegure que el límite constitucional ha sido enunciado de manera adecuada y precisa, a partir de los mandatos de nuestra Constitución”.<sup>416</sup>

Adicionalmente en esta *Aclaración de Voto* se reconoce expresamente que la decisión a la que llegó la Corte se basó en la legislación y jurisprudencia foránea, analizada por medio del derecho comparado: “(...) el derecho constitucional jurisprudencial comparado demuestra que cuando una Constitución, como la colombiana, contiene una enunciación de derechos le está prohibido al legislador optar por posiciones absolutas, bien para proteger la vida del feto o bien para garantizar la libertad de la mujer”.<sup>417</sup> La posición del magistrado Cepeda se centró en justificar que el derecho constitucional comparado resultaba valioso para definir las formas de resolver jurídicamente las colisiones entre principios, como para determinar los límites al margen de configuración del Legislador.

---

<sup>414</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP. Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández. Los países que la Corte tuvo en cuenta para realizar el análisis de derecho comparado, tanto de fuentes legales como jurisprudenciales, fueron los siguientes: Argentina, Alemania, Brasil, Bélgica, Chile, Canadá, Cuba, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, EE. UU., Francia, Guatemala, Gran Bretaña, Honduras, Holanda, Hungría, India, Irlanda, Italia, México, Polonia, Portugal, Sudáfrica. Para su constatación, ver los fundamentos No. 8.4, 8.4.1, 8.4.2. y la Consideración No. 9.

<sup>415</sup> A pesar de no ser parte de nuestro objeto de estudio, debe precisarse que, esta Sentencia es notoriamente conocida en la comunidad académica por la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad como método de interpretación de los derechos fundamentales contrapuestos en este caso, esto es, la vida del que está por nacer y la libertad de la madre en sus múltiples facetas.

<sup>416</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. *Aclaración de Voto*. Manuel José Cepeda.

<sup>417</sup> *Ibíd.*

En sentido similar ocurrió en la Sentencia T-740 de 2011 que reconoció la fundamentalidad del derecho al agua potable. Si bien en este fallo se reitera buena parte de la línea jurisprudencial de la Corte en lo que se refiere a la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua potable, resulta relevante resaltar el análisis de las Constituciones, así como de la legislación y jurisprudencia foránea de nueve (9) países que la Corte tuvo en cuenta para llegar a la decisión.<sup>418</sup>

Asimismo, otras Sentencias reiteran que la postura de la Corte colombiana, de recurrir al derecho comparado como un método auxiliar de la actividad judicial, se ha mantenido constante. La posible discrepancia de criterios entre los magistrados ha recaído sobre el alcance que debe dársele a este derecho en cada fallo, pero no alrededor de su aplicación. Tal es el caso de la Sentencia C-417 de 2009 que determinó el alcance de la *exceptio veritatis* y declaró inconstitucional el Artículo 224 No. 1 del Código Penal colombiano respecto de los delitos de injuria y calumnia.

Luego de analizar la legislación y jurisprudencia foránea de dieciséis (16) países, la Corte logró concluir que el derecho penal no es la herramienta adecuada para proteger los derechos al honor e integridad moral de las personas afectadas por calumnias e imputaciones deshonrosas, pues resulta desproporcionado. Por el contrario, a la luz del derecho comparado se determinó que la regulación legislativa que se había hecho en Colombia no era razonable y que por ello debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión y de opinión.<sup>419</sup>

A pesar de lo anterior, el *Salvamento de Voto* del magistrado Vargas sustentó que se había realizado un deficiente análisis del derecho comparado, ya que su correcto estudio conducía a la decisión contraria a la que llegó la Corte. Así lo expresó:

“Los estudios de derecho comparado constituyen una importante herramienta para medir la razonabilidad de una determinada decisión legislativa y en el presente caso, a pesar 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

---

<sup>418</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-740 de 2011. MP. Humberto Sierra Porto. Los países estudiados o tenidos en cuenta para este fallo fueron Bélgica, Francia, Italia, Costa Rica, Sudáfrica, Argentina, Bolivia, Perú y Ecuador.

<sup>419</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Los países examinados para determinar el alcance del caso colombiano fueron los siguientes: Alemania, EE.UU, Perú, Costa Rica, Italia, Argentina, España, Bosnia y Herzegovina, Georgia, Ghana, Sri Lanka, México, Uruguay, Brasil, Panamá.



que se alude contemplaban una institución similar a la examinada, la sentencia desatiende dicho parámetro de racionalidad”.<sup>420</sup>

De igual forma sucedió con la Sentencia C-540 de 2012 que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria sobre los servicios de inteligencia y contrainteligencia del Estado, cuya decisión se basó en las regulaciones legales y jurisprudenciales que se habían elaborado en Argentina, Chile, México, Perú, España, Reino Unido y EE. UU, así como en la doctrina foránea que había hecho estudios al respecto.<sup>421</sup>

El fundamento de la Corte fue el siguiente: “De otro lado, la doctrina y el derecho comparado nos enseñan que la supervisión del sector de la seguridad y defensa nacional no puede estar bajo la esfera exclusiva del Gobierno sin que corra el riesgo de cometer abusos. La práctica muestra que los parlamentos asumen un papel importante en la tarea de examinar el desempeño gubernamental, que en el caso colombiano encuentra fundamento en el artículo 113 constitucional.” Sin embargo, el *Salvamento Parcial* y la *Aclaración de Voto* del magistrado Vargas manifiestan su desacuerdo con la decisión mayoritaria, pues afirma que la Corte debió otorgarle un menor peso e importancia dentro del análisis del caso al derecho comparado, ya que le restó protagonismo al estudio de los derechos fundamentales.<sup>422</sup>

En la Sentencia T-970 de 2014 la Corte tuteló el derecho de una persona a morir dignamente (eutanasia), no obstante haber existido carencia de objeto por daño consumado al momento del fallo. Para la Corte resultó importante establecer un precedente que evitara futuras vulneraciones de este derecho, el cual había sido reconocido desde la Sentencia C-239 de 1997. Igualmente, para llegar a esta decisión, dio alcance al derecho comparado como criterio de

---

<sup>420</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez. *Salvamento de Voto*. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>421</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio. Ver la cita 436 que establece lo siguiente: “Siguiendo el ejemplo de Estados Unidos, Australia y Canadá aprobaron leyes de supervisión parlamentaria para los servicios de inteligencia en 1979 y en 1984. Entonces, desde el mundo anglosajón (aunque el Reino Unido se mantuvo al margen hasta 1989) se extendió una ola de reformas por toda Europa, durante las décadas de los 80 y los 90, cristalizados en Dinamarca, en 1988, Austria, en 1991, Rumania, en 1993, Grecia, en 1994, Noruega, en 1996 e Italia en 1997. Estos sucesos tuvieron el apoyo de las Asambleas Parlamentarias del Consejo de Europa y de la Unión Europea Occidental.” Esta información fue recogida del texto: *Hacia un control democrático de las actividades de inteligencia: estándares legales y métodos de supervisión*. Por qué una supervisión parlamentaria. Páginas 75 a 77.”

<sup>422</sup> Además, se expresó lo siguiente: “(...) debió otorgársele un menor peso e importancia dentro del análisis de la sentencia a la justificación teórica e histórica de la existencia de las funciones y organismos de inteligencia y contrainteligencia, así como al énfasis en el derecho comparado. (...) En este sentido, considero que la exaltación que se le da en el proyecto al derecho comparado y a la doctrina sobre las “buenas prácticas” en materia de inteligencia y contrainteligencia, parecería colocar en un plano subordinado los derechos fundamentales”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio. *Salvamento Parcial y Aclaración de Voto* de Luis Ernesto Vargas.

razonabilidad, teniendo en cuenta el derecho foráneo legislativo y jurisprudencial producido en EE. UU., Bélgica y Holanda, por ser los países pioneros en tratar y regular la muerte digna.

Entre otras cosas, este fallo nos permite ratificar la idea de una posible disparidad de criterios al interior de la Corte, sobre el alcance y la finalidad que debe dársele al derecho comparado en cada caso, más no sobre su aplicación y aceptación. Lo anterior se afirma, pues en esta ocasión el Magistrado ponente fue Luis Ernesto Vargas, quien en las anteriores Sentencias expuestas (C-417 de 2009 y C-540 de 2012) había salvado su voto por no estar de acuerdo con el alcance que se le había atribuido al derecho comparado. Sin embargo, como se puede analizar en esta sentencia sobre la muerte digna, tomó la postura contraria.<sup>423</sup>

Otra Sentencia que confirma esta postura de la Corte colombiana es la C-071 de 2015, donde se utilizó el derecho comparado para justificar por qué resultaba constitucional otorgarles a las parejas del mismo sexo el derecho a adoptar, cuando hubiese de por medio un hijo biológico de alguno de los miembros de la pareja<sup>424</sup>. En este caso la Corte estudió las regulaciones foráneas legislativas y jurisprudenciales de más de veinte (20) países. Así lo expuso:

“La Sala pone de presente cómo, en el marco del derecho comparado, ya son varios los Estados que han avalado la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, generalmente por la vía legislativa. De los cerca de veinte países que la han autorizado en

---

<sup>423</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Así lo manifestó la Corte: “Para ello, 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. El objetivo es brindar un panorama comparado sobre cómo se han comportado distintos ordenamientos jurídicos diferentes al colombiano, para dar cuenta de los problemas y virtudes de este tipo de regular esas prácticas. (...) En síntesis, el derecho comparado aporta unos criterios de razonabilidad para regular el derecho a morir dignamente. A partir de la reseña efectuada, se pueden extraer las siguientes conclusiones. La muerte digna fue reconocida por diversas fuentes normativas. En algunos Estados la discusión fue pública y se despenalizó la eutanasia a través de mecanismos de democracia directa como referendos. Otra alternativa fue directamente la vía legislativa. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se dio a través de decisiones judiciales. Así, los jueces optaron por dos vías. En primer lugar, aceptar que existe una correlación muy estrecha entre el derecho a la vida, a la dignidad humana y a la autonomía personal. Así, desde una interpretación sistemática de los derechos fundamentales, sostuvieron que era posible que una persona decidiera autónomamente, bajo ciertas circunstancias, provocar su propia muerte. Es de allí que nace el derecho a morir dignamente. En segundo lugar, los jueces, ante la tensión existente, decidieron despenalizar la eutanasia como una manera de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales. Así, la penalización de esta práctica médica se convertía en un obstáculo. No obstante, la despenalización no fue absoluta. Se establecieron unas condiciones sin las cuales provocar la muerte de una persona sería igualmente considerado un delito.”

<sup>424</sup> Igualmente ocurrió con la Sentencia C-683 de 2015, donde la Corte se valió del derecho comparado para determinar si “(...) las normas que regulan el régimen legal de adopción en Colombia, al excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de participar en procesos de adopción, vulneran el principio del interés superior del menor, representado en su derecho a tener una familia para garantizar su desarrollo armónico e integral (art. 44 CP)”. Finalmente declaró que estas normas, en virtud del interés superior del menor, también cobijan a las parejas del mismo sexo que conforman una familia. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

su gran mayoría lo han hecho por decisión del órgano de representación popular. Salvo contadas excepciones de algunos tribunales, esa es la vía por la que normalmente se han canalizado los procesos de ajuste jurídico a la adopción”.<sup>425</sup>

Igualmente sucedió con la Sentencia SU-214 de 2016 que unificó las decisiones de la Corte en sede de tutela, relacionadas con el matrimonio igualitario o por parte de parejas del mismo sexo. Este derecho ya había sido reconocido desde la Sentencia C-577 de 2011, pero no había logrado aplicarse plenamente por las barreras administrativas levantadas por los notarios públicos del país y la Procuraduría General de la Nación. Por ello, y para ratificar su postura frente al tema, la Corte tuvo en cuenta las legislaciones y decisiones judiciales foráneas de veintitrés (23) países que ya habían dado aprobación al matrimonio igualitario.<sup>426</sup>

En tiempos más recientes la tendencia descrita se mantiene. Prueba de ello es el uso que la Corte le dio al derecho comparado 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”. Para determinar el alcance, así como la finalidad y el rol de esta Comisión en Colombia, se tuvo en cuenta la legislación y jurisprudencia foránea de más de treinta y cinco (35) países, haciendo especial énfasis en el estudio de dieciséis (16) de ellos.<sup>427</sup>

---

<sup>425</sup> Los países tenidos en cuenta para el fallo y que habrían aprobado la adopción igualitaria por vía legislativa fueron: “Holanda (2000), Suecia (2003), España y Andorra (2005), Inglaterra y Gales (2002), Canadá (2005), Bélgica (2006), Noruega (2008), Escocia (2009), Finlandia (2009), México (2009), Uruguay (2009), Dinamarca (2009), Argentina (2010), Islandia (2010), Nueva Zelanda (2013), Irlanda del Norte (2013), Francia (2013), Luxemburgo (2014). En Estados Unidos, este derecho ha sido reconocido en 22 de los 50 Estados Federados (Rhode Island, Washington, D.C., Nueva Jersey, Vermont, Nueva York, Oregón, California, Massachusetts, Colorado, Indiana, Connecticut, Nuevo Hampshire, Washington, Iowa, Nevada, Illinois, Maine, Maryland, Delaware, Minnesota, Hawái, Nuevo México, Pennsylvania)”. Por su parte, los países que habían aprobado la adopción igualitaria por vía judicial eran: “(i) Sudáfrica, mediante la sentencia del 10 de septiembre de 2002, proferida por la Corte Constitucional; (ii) Israel, en la sentencia del 10 de enero de 2005, dictada por la Corte Suprema de Apelaciones; (iii) Brasil, en la sentencia del 27 de abril de 2010, emitida por el Tribunal Superior de Justicia (STJ); y (iv) Alemania, a través de la sentencia del 19 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Constitucional Federal”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. MP. Jorge Iván Palacio.

<sup>426</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

<sup>427</sup> Basándose en los datos proporcionados por Amnistía Internacional, la Corte citó y tuvo en cuenta el papel de las siguientes Comisiones de la Verdad: “Argentina (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, 1983), Bolivia (Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos Forzados, 1982), Chad (Comisión de Investigación de los Crímenes y Malversaciones Cometidos por el ex Presidente Habré, sus Coautores y/o Cómplices, 1991), Chile (Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, 1990; Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, 2003), República Democrática del Congo (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003), Ecuador (Comisión "Verdad y Justicia", 1996), El Salvador (Comisión de la Verdad, 1992), Alemania (Comisión de Investigación en el Bundestag alemán para Tratamiento del Pasado y las Consecuencias de la Dictadura del SED en Alemania, 1992), Ghana (Comisión para la Reconciliación Nacional, 2002), Guatemala (Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimientos a la Población Guatemalteca, 1997), Haití (Comisión Nacional de la Verdad y la Justicia, 1995), Indonesia (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2004), Indonesia y Timor Oriental (Comisión de la Verdad y la Amistad, 2005, comisión conjunta), Liberia (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2005),

Del mismo modo, en la Sentencia SU-420 de 2019, la Corte unificó las decisiones en sede de tutela sobre los límites que debe tener el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales, y la afectación de los derechos a la honra y el buen nombre. Para ello tuvo en cuenta la jurisprudencia foránea que se había emitido al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; la Corte Suprema del Reino Unido; la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina; y la Alta Corte de Nueva Delhi en la India.<sup>428</sup>

## 5.1 Conclusión y valoración personal

A continuación, presentaremos las conclusiones relacionadas con lo expuesto en este quinto acápite, así como nuestra postura personal al respecto. En lo que respecta al caso de la Corte Constitucional colombiana, su jurisprudencia da fe que al igual que otras Cortes locales, no ha sido ajena al fenómeno de la MIC y que optó por darle un desarrollo particular desde su primer año de funcionamiento, con una postura abierta y favorable la cual ha mantenido hasta la actualidad.

Es probable que esta postura pueda obedecer a tres razones fundamentales. La primera de ellas, dada la época en la cual fue creada (1991), que coincide con el momento de transformación global que vivían las Cortes; la segunda, por la misma naturaleza de la Constitución de 1991 que desde su concepción fue ideada bajo modelos e influencias foráneas, y por ende, sería lógica o natural la apertura de la Corte; y la tercera, por la necesidad de construir y consolidar su naciente jurisprudencia a la luz de los planteamientos más vanguardistas de otras Cortes en su momento.<sup>429</sup>

---

Marruecos (Comisión de Equidad y Reconciliación, 2004), Nepal (Comisión de Investigación para Localizar a Personas Desaparecidas durante el Periodo Panchayat, 1990), Nigeria (Comisión para la Investigación de las Violaciones de Derechos Humanos, 1999), Panamá (Comisión de la Verdad, 2001), Paraguay (Comisión de la Verdad y la Justicia, 2003), Perú (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2000), Filipinas (Comité Presidencial de Derechos Humanos, 1986), Serbia y Montenegro (Comisión de la Verdad y la Reconciliación, 2002), Sierra Leona (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2002), Sudáfrica (Comisión de la Verdad y Reconciliación, 1995), Corea del Sur (Comisión Presidencial para el Esclarecimiento de Muertes Acaecidas en Circunstancias Sospechosas, 2000), Sri Lanka (Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias Occidental, Meridional y de Sabaragamuwa; Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios de Personas en las Provincias del Centro, del Noroeste, del Centro Septentrional y de Uva; y Comisión Presidencial de Investigación sobre el Traslado o la Desaparición Involuntarios en las Provincias Septentrional y Oriental, 1994; Comisión de Investigación sobre el Traslado y la Desaparición Involuntarios de Determinadas Personas – Todas las Islas, 1998), Timor Oriental (Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación, 2002), Uganda (Comisión de Investigación sobre la Desaparición de Personas en Uganda, 1974; Comisión de Investigación sobre las Violaciones de los Derechos Humanos, 1986), Uruguay (Comisión Investigadora sobre la Situación de Personas Desaparecidas y Hechos que la Motivaron, 1985; Comisión para la Paz, 2000)". Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-017 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

<sup>428</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-420 de 2019. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>429</sup> Estas ideas han sido construidas a partir de lo analizado en: LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde*

Durante sus casi treinta años de historia, ha sido constante que la Corte recurra a lo que ella denomina derecho comparado, para analizar, incorporar o tener en cuenta el derecho foráneo en sus decisiones. Principalmente, esta práctica ha servido para otorgarle mayor soporte argumentativo a las sentencias, y encontrar las soluciones que otros jueces y ordenamientos han dado a problemas jurídicos comunes para luego aplicarlas en el ámbito local.

Sin pretender calificar o evaluar si nuestra Corte utiliza correctamente el método del derecho comparado y cuáles serían sus implicaciones concretas, lo que resulta cierto es que este es uno de los medios para darle aplicación al fenómeno de la MIC, según la doctrina expuesta y analizada en el último acápite del Capítulo anterior. Esto nos permite afirmar que, más allá de una postura *permissiva*, como la descrita en el caso sudafricano dada la habilitación constitucional, puede predicarse una de fomento y recurrente aplicación del fenómeno de la MIC a través del derecho comparado. Situación distinta, y que, si ha encontrado variaciones dentro de la Corte, es el alcance que decide darse en cada caso al derecho comparado.

Igualmente, consideramos que, desde sus inicios la Corte aceptó materialmente hacer parte de la denominada empresa o comunidad global en la que hoy actúan las Cortes locales del mundo y que pretende proteger valores y principios comunes. Esto puede observarse en la argumentación y las citas realizadas en sus fallos, que dan cuenta cómo le interesa analizar previamente el resultado de sus homólogos frente a un problema jurídico análogo, antes de hacer lo propio en el ámbito local. Generalmente, esta práctica es recurrente al enfrentarse a los casos difíciles o complejos ya descritos, como sucede también en otros Tribunales del mundo.<sup>430</sup>

De acuerdo a lo anterior, y a modo enunciativo, el fenómeno de la MIC ha tenido una importante aplicación para delimitar asuntos como el alcance de la doctrina probable creada por la corte Suprema de Justicia; la reelección presidencial; los supuestos de hecho para ejercer el derecho al aborto; el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales como el agua potable; el alcance de la *exceptio veritatis* frente a los delitos de injuria y calumnia; el alcance de los servicios de inteligencia y contrainteligencia del Estado; la tutela del derecho a morir dignamente o eutanasia; el derecho a la adopción por parte de las parejas del mismo sexo; la

---

*América Latina*. Óp. Cit.; JOST, S. *20 Años de la Constitución colombiana. Logros, retrocesos y agenda pendiente*. Segunda Ed. Konrad Adenauer Stiftung. 2012; CARPIZO, J. *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*. Bol. Mex. Der. Comp. Vol. 38, No.114 2005. Págs. 949-989.

<sup>430</sup> GROPPi, T.; PONTTHOREAU, M. *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp. Cit. Págs. 424-429.

garantía del matrimonio igualitario; la finalidad de la Comisiones de la Verdad en el marco de la justicia transicional; y el ejercicio de la libertad de expresión en redes sociales.

## **6. Existen causas y usos comunes a las Cortes Constitucionales locales, que pueden explicar por qué y para qué propician la materialización del fenómeno de la MIC**

Como fue anunciado en la introducción del presente capítulo, este último acápite intenta ilustrar la existencia de una serie de causas y usos comunes que explican *por qué* y *para qué* las Cortes Constitucionales locales deciden propiciar la materialización o puesta en práctica del fenómeno de la MIC. De igual forma, se ha precisado que serían comunes para aquellas Cortes que han decidido sostener una postura *permissiva* e incluso *ambigua*, más no, para las que predicen una *restrictiva*. De acuerdo con lo anterior, a continuación, se expondrán las causas que explican el por qué, y en segundo lugar los usos que dan cuenta del para qué.

Pueden encontrarse dos grupos principales al tratar de encontrar las causas o explicaciones que permitan entender el por qué las Cortes Constitucionales locales deciden materializar el fenómeno de la MIC en su jurisprudencia. El primero ilustra aquellas causas que tradicionalmente han sido descritas por los primeros comparatistas en estudiar este fenómeno de modo general y previo a su constatación en sede judicial; el segundo, en cambio, por aquellas que han examinado esencialmente los constitucionalistas comparatistas con especial énfasis en el contexto de la labor de los jueces.

Dicho lo anterior, a continuación, se describe el primer grupo de causas con sus respectivos exponentes:

*1-La búsqueda de autoridad en un área del derecho determinada.* Watson sostuvo que, a los jueces y juristas, no se les había otorgado la potestad de incidir en el proceso de creación de las leyes, pero en cambio sí debían obedecerla y eran sus principales aplicadores e intérpretes. Esta situación los motivaba a realizar, si se siguen sus propios términos, “trasplantes legales” provenientes de otros sistemas jurídicos para imponer sus decisiones y obtener autoridad. También agregó que, en la mayoría de los casos, estos trasplantes se hacían sin evaluar las condiciones y el sistema propio de la sociedad receptora.<sup>431</sup>

Según este autor, el “borrowing” que lleva al trasplante es a menudo creativo, pues suelen tomarse prestadas teorías y disfrazarlas de novedosas. Sin embargo, esta misma

---

<sup>431</sup> WATSON, A. “*Legal culture v. Legal tradition*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24- 26th 2002, p. 2, citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Óp. Cít. Pág. 265.

creatividad presenta una aparente paradoja descrita por él así: “si se van a cambiar las reglas, ¿por qué molestarse en aparentar pedir prestado?”. La respuesta que da el autor es que todas las leyes y normas jurídicas, además de cumplir con la función legislar, necesitan desesperadamente autoridad.<sup>432</sup>

Este es el caso de los jueces y juristas, que sienten la enorme necesidad de tener autoridad legal para tomar decisiones. Es esta necesidad de autoridad legal la que a menudo da fuerza a los trasplantes (o trasplantes aparentes). Asimismo, agrega que los jueces citan con toda aparente seriedad a las autoridades que son inútiles o irrelevantes, y pueden parecer que los siguen cuando están construyendo su propia ruta.<sup>433</sup>

Esta primera causa se destaca por ilustrar que son los jueces y abogados quienes conocen las verdaderas preocupaciones de la profesión y del derecho en general. Por eso siempre son muy receptivos frente a un sistema legal en particular, en el que creen puede brindarle una respuesta al problema jurídico en concreto. Sin embargo, Grosheide afirma que no siempre se elige la mejor solución. Esta situación es la que se ha denominado como el “sesgo (parcialidad) del trasplante” o “trasplante bias”, lo que quiere decir que del “sistema de donantes” no siempre se escoge el mejor trasplante.<sup>434</sup>

*2-La imposición y el prestigio.* Sacco afirma que las causas principales para el desarrollo del fenómeno de la MIC, o en sus términos, de la “imitación del derecho”, son la imposición y el prestigio de este. Su explicación parte de que cada cultura que tiene fe en sí misma, y poder sobre otras, trata esparcir sus propias instituciones. Por ello, al haber esta expansión, se presentan las recepciones de instituciones que luego disminuyen cuando el poder para imponer desaparece sobre determinada sociedad. De igual forma, las “imitaciones” pueden darse por el deseo de apropiarse del trabajo de otros. Este deseo o anhelo tiene su fuente en el prestigio de quien la ha elaborado.<sup>435</sup>

De igual forma lo considera Graziadei quien dice que la *Imposición* puede ocurrir fruto de una conquista militar o la expansión territorial de un Estado, como ocurrió con el colonialismo europeo o con la creación de la Unión Soviética. Sobre el *Prestigio*, afirma que

---

<sup>432</sup> *Ibíd.*

<sup>433</sup> WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. Óp. Cit. Pp. 345-350. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>

<sup>434</sup> MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Óp. Cit. Pág. 265.

<sup>435</sup> SACCO, R. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law* (II) 39 Am J. Comp. L (1991) Pág. 398.

es el deseo de tener una institución jurídica de renombre, tal y como ha ocurrido en Latinoamérica, por ejemplo, con las doctrinas de Kelsen, Alexy y Dworkin.<sup>436</sup>

Tanto Graziadei, como Gambaro y Sacco concuerdan en que las mayores causas de las transferencias, imitaciones o los trasplantes, son la imposición, fruto de los procesos del colonialismo, y el prestigio del derecho en general que luego es susceptible de imitarse o transferirse en otros lugares.<sup>437</sup>

*3-La oportunidad o necesidad.* ÖRÜCÜ utiliza la metáfora de los “préstamos” para referirse materialmente al fenómeno de la MIC y explica su ocurrencia debido a la “oportunidad o necesidad” que se pueda presentar para un Estado u órgano del mismo como lo serían las Cortes Constitucionales locales. La identificación de esta causa se debió al estudio del caso en particular de la adhesión de los países de Europa del Este a la Unión Europea, la que llevó a muchos de ellos a la necesidad u oportunidad de realizar “préstamos” jurídicos para fundamentar sus nuevas reformas legales y constitucionales.<sup>438</sup> De igual forma, Watson describió esta causa, afirmando que era un factor que propiamente no se podía construir, pero que sí era muy importante para desarrollar las recepciones legales.<sup>439</sup>

*4-La eficacia esperada de la ley.* En cuarto lugar, Berkowitz, Pistor y Richard, coinciden en que una causa importante de la materialización del fenómeno de la MIC es la “eficacia esperada de la ley”. Estos autores ilustran que un sistema legal incubado en Europa se insertó de forma muy eficaz en otros países, en donde importó más y fue más efectiva la forma como se trasplantó que el mismo contenido del trasplante. El ejemplo ilustrado es del Código Civil Francés, el cual tuvo una influencia considerable en todos los países del Civil Law, y que más allá de su calificación y contenido, los países receptores esperaban una gran

---

<sup>436</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 457-462.

<sup>437</sup> GAMBARO, A., SACCO, R. *Sistemi giuridici comparati*. Utet. Torino. 2008. Pág. 3, citado por SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Óp. Cit. Pág. 127.

<sup>438</sup> ÖRÜCÜ, E., “*Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24-26th 2002. Pág. 9; ÖRÜCÜ, E., “*Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*”, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, No. 59 [Preliminary Report for the Dutch Association of Comparative Law], Kluwer, Deventer 1999. Pág. 133.

<sup>439</sup> WATSON cita un ejemplo, de cómo un médico en Sudáfrica contribuyó económicamente para que se hicieran las traducciones al inglés del Digesto de Justiniano, y de cómo esa oportunidad en los años setenta ayudó a la recepción del derecho romano en ese país. WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. Óp. Cit. Págs. 339-341. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>



eficacia legal al acogerlo.<sup>440</sup> Algo muy similar considera Graziadei, pero refiriéndose a la “eficiencia esperada del derecho”.<sup>441</sup>

*5-Los incentivos políticos, económicos y reputacionales de países y terceros.* Schauer afirma que la forma en que las leyes migran o se trasplantan, no responde a su importancia o contenido. Hay otra serie de factores simbólicos que inciden en este proceso y que dejan de un lado el contenido del trasplante o la migración, y que están relacionados con aspectos políticos, económicos y reputacionales. Brinda como ejemplo los nuevos tipos de contratos en América latina, tales como el leasing o el factoring, los cuales se han producido por un factor económico y de relaciones internacionales con EE. UU.<sup>442</sup>

*6-La extrema utilidad práctica.* Según Watson esta es una de las causas más comunes para la ocurrencia de la recepción del derecho. Su explicación se centra en que es muy eficiente y práctico tomar prestada una institución jurídica, pues evita que quien tome prestado al interior de un Estado, incurra en el proceso creativo analítico. El ejemplo que utiliza este autor para demostrar la utilidad práctica es que nadie estudió directamente el contenido del Digesto de Justiniano, sino los comentarios o glosas que de él se realizaron pues resultaba mucho más fácil, ágil y sencillo.<sup>443</sup>

*7-La dificultad de tener claro el panorama.* Asimismo, Watson afirma que, en ocasiones, los jueces y juristas empiezan a moldear doctrinas y posturas en distintas etapas, sin saber cuál será el resultado final para un caso o materia particular. La recepción o el trasplante, en los términos de este autor, puede darse cuando el juez o jurista operan dentro de un sistema jurídico que construye su ley sobre la base de otro sistema, que les puede ayudar a aclarar o dilucidar el camino de solución de un caso en concreto o la regulación de una materia en particular.<sup>444</sup>

De acuerdo con lo precisado al inicio de este acápite, a continuación, se describe el segundo grupo de causas con sus respectivos exponentes:

---

<sup>440</sup> BERKOWITZ, D. et al, “*Economic Development, Legality and the Transplant Effect*”, Centre for International Development, Harvard University. Pág. 2 in WALSH, C., *The ‘law’ in Law and Development. Law in transition: advancing legal reform*, Autumn 2000 p. 10, citado por citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Óp. Cít. Pág. 266.

<sup>441</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 457-462.

<sup>442</sup> SCHAUER, F. *The politics and incentives of legal transplantation*, CID Working Paper Series 2000. 44, Harvard University, Cambridge, MA, April 2000. Pág. 2.

<sup>443</sup> WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. Óp. Cit. Págs. 335-341. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>

<sup>444</sup> *Ibíd.*

*1-La influencia de la globalización y la tecnología.* Algunos constitucionalistas comparatistas sostienen que, la causa principal o más generalizada, que explica la materialización del fenómeno de la MIC en sede judicial, encuentra su fuente la globalización.<sup>445</sup> Según Chevallier, este fenómeno ha dado un nuevo entendimiento al derecho tras la aparición de nuevos órdenes normativos transfronterizos; nuevas regulaciones transnacionales y reconfiguraciones de la organización del Estado producto de su fragmentación interna; el reforzamiento de los vínculos de interdependencia entre Estados y organismos internacionales; y la redefinición de muchas funciones estatales, entre otras.

Esto ha generado la “crisis de la modernidad jurídica”, y el advenimiento de una sociedad de derecho global con una excesiva reglamentación extraestatal del derecho, que reestructura completamente los circuitos jurídicos de comunicación. Estas circunstancias caracterizan lo que este autor llama el “Estado posmoderno”.<sup>446</sup> En el mismo sentido, Jaramillo sostiene que “la concepción de que el derecho es siempre local o nacional está siendo superada. En su lugar, existe una migración de ideas e instituciones jurídicas por todo el mundo que han sido impulsadas, en buena medida, por nuevas disciplinas como el derecho comparado e internacional”.<sup>447</sup>

Por otro lado, la era de la informática y la tecnología han aumentado las facilidades de acceso a las distintas bases de datos de contenido jurídico a nivel global, así como a los portales electrónicos judiciales donde las Cortes locales publican sus sentencias.<sup>448</sup> En sentido similar lo sostiene Elster quien da cuenta de la importante expansión de este fenómeno al exponer que

---

<sup>445</sup> Así lo afirma Twining, quien sostiene que en el mundo globalizado en el que vivimos, las influencias recíprocas entre los distintos ordenamientos jurídicos son cada vez más frecuentes. TWINING, W. *Derecho y globalización*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002. De igual forma, ver: BREIDENBACH, J, *The Dynamics of Cultural Globalisation. The myths of cultural globalisation*; GERBER, DAVID J., “*Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law*”, Tulane Law Review, Vol. 75. p. 950, citado por MOSQUERA, I. Óp. Cit. *Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Pág. 264-265.

<sup>446</sup> CHEVALLIER, J. *L'État post-moderne*. Óp. Cit.

<sup>447</sup> JARAMILLO, I. *Un examen a los intercambios académicos: más allá de la división entre norte y sur*, en Ed. BONILLA, D. *Geopolítica del Conocimiento Jurídico*. Óp. Cit. Págs. 335-336.

<sup>448</sup> En los siguientes autores se pueden profundizar o ampliar esta idea: SLAUGHTER, A. M. *A Typology of Transjudicial Communication*. Óp. Cit. Pág. 129. Para Sarra, las causas se pueden describir así: “la conquista de la alfabetización informática” que permite obtener información de todas partes del mundo y a su vez darla a conocer; el conocimiento de esta información por parte de las nuevas generaciones de magistrados, así como su cultura jurídica; el conocimiento de más idiomas; el trabajo divulgativo de los comparatistas sobre los distintos sistemas jurídicos; a cultura jurídica sobre el respeto y garantía de los derechos humanos. SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*, in M. BIANCHINI – G. GIOIA, *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità, Atti del I Convegno Dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013. Pág. 479. Trabajos veinte años después que el de Slaughter siguen sosteniendo esta postura. Ver, por ejemplo: GELTER, M.; SIEMS, M. *Networks, Dialogue or One-Way Traffic?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 200-211.

“(…) en las discusiones alrededor del globo se observa un largo número de referencias hacia otras Constituciones, no sólo como modelos para imitar, sino también para evadirlos”.<sup>449</sup>

*2-Sentirse parte de una comunidad jurídica transnacional.* Esta tesis es sostenida principalmente por Slaughter quien manifiesta que una de las causas de materialización del fenómeno de la MIC en sede judicial, o en sus propios términos, de la Comunicación Transjudicial, es que las Cortes se sienten parte de una comunidad jurídica transnacional, lo que genera valores comunes para los distintos sistemas jurídicos. Esto propicia el intercambio, la migración, los préstamos o la imitación de ideas y modelos entre las distintas Cortes locales.<sup>450</sup>

*3-La necesidad de crear y consolidar la jurisprudencia local.* Saunders parte de afirmar que la migración de ideas constitucionales en sede judicial sucede con frecuencia durante los primeros años de expedición de una nueva Constitución y va desapareciendo cuando la jurisprudencia se empieza a consolidarse. Esto permite entender que una de las causas de materialización de este fenómeno es la necesidad de las Cortes de construir un régimen constitucional fuerte, observando las experiencias foráneas de sus homólogas. Una vez la jurisprudencia se ha consolidado, este autor afirma que las Cortes comienzan a citar sus propios precedentes pues perderían autoridad en el ámbito local.<sup>451</sup>

Según Pegoraro, la incorporación de doctrinas jurisprudenciales foráneas podría tener un efecto de brindar autoridad a una Corte joven quien la carece. La jurisprudencia debe tener coherencia y racionalidad y esto se logra en cierta forma con las citas foráneas, sobre todo para las Cortes jóvenes que no pueden obtener autoridad de sus propios precedentes pues o no existen o son muy pocos.<sup>452</sup>

En el mismo sentido Jackson da cuenta que las Cortes Constitucionales comienzan a citar y usar jurisprudencia foránea de otras Cortes locales cuando comienzan a construir la propia. Esto sucede a menudo cuando recién se expide una nueva Constitución o Carta de Derechos. Cita el ejemplo de la Corte Constitucional canadiense cuándo empezó su tarea interpretativa y garantista del Acta Constitucional de 1982 que introdujo la actual Carta de Derechos Fundamentales de ese país.<sup>453</sup>

---

<sup>449</sup> ELSTER, J. *Constitutionalism in Eastern Europe: An introduction*, 58. U. Chi. L. Rev. 1991. Págs. 447-476.

<sup>450</sup> SLAUGHTER, A. *Óp.Cit. A Typology of Transjudicial Communication*. Págs. 132-133.

<sup>451</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. *Óp.Cit.* Págs. 580-590.

<sup>452</sup> PEGORARO, L. *Judges and Professors: the influence of foreign scholarship on constitutional Court's decisions*, en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) *Courts and comparative law*. *Óp. Cit.* Pág. 332.

<sup>453</sup> JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. *Óp. Cit.*

De igual forma lo sostiene Davis, quien analizó el caso sudafricano y afirmó que la Corte Constitucional de ese país comenzó a utilizar jurisprudencia foránea para construir su jurisprudencia recién comenzó a operar, y que luego, con el pasar del tiempo, esta práctica comenzó a disminuir en la medida que se iban decantando sus propias líneas jurisprudenciales.<sup>454</sup>

*4-La necesidad de acoplarse a la realidad social.* Tushnet sostiene que el uso de derecho foráneo por parte de los Tribunales Constitucionales ayuda a las Constituciones de los países a actualizarse y acoplarse a la realidad social. Esto lo sostiene para aquellos países cuyos medios de adaptación, esto sería, los mecanismos de reforma constitucional y el control de constitucionalidad, son demasiado rígidos, y no permiten la adaptación de la Constitución a la realidad social actual. Así lo afirma: “Si los jueces que interpretan una Constitución usan un método de análisis formalista, el sistema constitucional puede quedarse estancado, a menos que la Constitución pueda ser fácilmente enmendada”.<sup>455</sup>

*5-La necesidad de crear nuevas instituciones.* Para Epstein y Knight, la materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales, llamado por estos como “borrowing”, va más allá de si se copia o no una idea o doctrina, o de si las Cortes dialogan o no entre sí. Su causa principal está relacionada con la creación de nuevas instituciones y el diseño institucional de los sistemas jurídicos. Las Cortes han generado con este fenómeno la creación de nuevas instituciones jurídicas para que rijan la sociedad, al incorporarlas por medio de su jurisprudencia.<sup>456</sup>

*6-El caso latinoamericano como “sitio abierto” a las experiencias foráneas.* López Medina afirma que en la actualidad los “derechos nacionales” no están aislados de las influencias extranjeras, porque hacen parte de un “espacio jurídico transnacional” en el que participan de un diálogo fuertemente jerarquizado donde comparten las experiencias de diversos sistemas jurídicos. Al referirse al caso latinoamericano, destaca que no es un fenómeno novedoso pues desde comienzos del S.XX, cuando nacía el Derecho Comparado como ciencia, esta región comenzaba a formar sus bases jurídicas de experiencias foráneas.

---

<sup>454</sup> DAVIS, D.M. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience.* Óp. Cit. Pág. 191.

<sup>455</sup> TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law.* Óp. Cit. Pág. 339.

<sup>456</sup> EPSTEIN, L., KNIGHT, J. *Constitutional borrowing and non-borrowing.* Óp. Cit. Págs. 196–223.

Este autor califica a Latinoamérica como un “lugar o sitio abierto”, por estar propenso a recibir e incorporar materiales foráneos dado su nivel de prestigio.<sup>457</sup>

En cuanto a las causas generales que explican el fenómeno de la MIC en los países latinoamericanos, este autor sostiene que obedecen a que dichos países fueron ex-colonias de imperios europeos, de los cuales recibieron la mayor parte de su derecho. De igual forma, destaca la predominancia del sistema continental europeo, principalmente de Alemania, Francia e Italia, en los nacientes Estados latinoamericanos del S.XIX. Para el caso colombiano, se afirma que las grandes reformas e innovaciones en el mundo del derecho que en los últimos años se han hecho en Colombia, tienen todas influencias foráneas y comparadas.<sup>458</sup>

Bajo esta ilustración de los dos grupos de causas que suele identificar la doctrina del derecho comparado y del constitucional comparado para explicar el por qué las Cortes Constitucionales locales llegan a materializar el fenómeno de la MIC, corresponde a continuación exponer para qué lo hacen, o, en otras palabras, cuáles son los usos más comunes que se le ha dado en sede judicial el mencionado fenómeno. Recuérdese que, el término genérico para integrar los distintos estudios que se refieren a este fenómeno es “uso de derecho foráneo” en sede judicial. Asimismo, se precisó que este sería el primer paso para luego materializarse el denominado fenómeno.

*1-El uso del derecho foráneo como autoridad persuasiva.* Esta es una de las tesis más divulgadas y aceptadas entre los distintos comparatistas y constitucionalistas, la cual puede ser examinada principalmente a partir de Glenn y Hirschl. Estos autores sostienen que, el derecho foráneo puede usarse como “autoridad persuasiva, o cómo una interpretación de ayuda para que el fallo no parezca arbitrario; o cómo testimonio de la funcionalidad de una regla aplicada en otras jurisdicciones; o cómo punto de referencia contra el cual comparar la toma de un sistema constitucional dado problema en juego; o simplemente con fines de embellecimiento” o decorativo”.<sup>459</sup> Asimismo Graziadei, agrega que la *Autoridad* misma que tiene el derecho en

---

<sup>457</sup> LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, en 26 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2015. Págs. 117-159.

<sup>458</sup> LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*. Óp. Cit. Pág. 118, 123, 124; LÓPEZ, D. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de Los Andes. 2004.

<sup>459</sup> GLENN, P. *Persuasive Authority*. Óp. Cit. Pág. 261; HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. Óp. Cit. Pág. 547.

un determinado ordenamiento jurídico, genera que otros lo imiten, usen o copien para otorgarle la misma autoridad al derecho local.<sup>460</sup>

*2-El uso no autoritativo del derecho.* Contrario a la tesis anterior, Rosenkrantz distingue entre el uso de derecho foráneo y su estudio. Sus bondades las ve en el estudio, pues puede evitar problemas o solucionarlos. Asimismo, afirma que las Cortes Constitucionales locales le han dado también un uso no autoritativo al derecho foráneo. En primer lugar, expone que las Cortes utilizan este derecho como una “evidencia de hechos”. Como el derecho constitucional regula la sociedad, y no hay un laboratorio donde se puedan hacer pruebas para observar cómo ésta se comporta, mirar experiencias comparadas permite tal finalidad y poder avizorar el futuro de sus decisiones legales. En segundo lugar, como una forma de innovar en sus fallos y adquirir nuevos conocimientos.<sup>461</sup>

*4-El uso para encontrar una herramienta o guía que pueda resolver el caso.* De Vergottini, y posteriormente Sarra, sostienen que el uso de derecho y jurisprudencia foránea en la parte motiva de las sentencias obedece a un “diálogo del juez consigo mismo” de cómo entender el caso y cómo solucionarlo porque le ayuda a darle un camino a recorrer que otro ya ha recorrido, más allá de entender cabalmente lo que se incorpora como foráneo y aplicar esa regla al caso en concreto porque se trata de un caso similar. En este sentido, la materialización del fenómeno de la MIC puede ser usado como una herramienta práctica para solucionar los casos difíciles.<sup>462</sup>

Por otro lado, Fentiman afirma que las Cortes acuden al derecho foráneo en general por la necesidad de tener una guía de un esclarecimiento del caso a resolver o brindar una analogía que sea útil para el mismo.<sup>463</sup> Groppi y Pontheoreau afirman algo similar, y está relacionado con que el fenómeno de la MIC o el diálogo Transjudicial horizontal como ellas lo denominan, permite a los jueces generar un horizonte o guía de cómo resolver el caso al analizar cómo lo han hecho sus colegas del exterior para luego hacerlo ellos.<sup>464</sup>

---

<sup>460</sup> GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, Óp. Cit. Págs. 457-462.

<sup>461</sup> ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. Óp. Cit. Págs. 287–288.

<sup>462</sup> SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso “dialettico” del precedente giudiziario*. Óp.Cit. Pág. 478; DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Óp.Cit.

<sup>463</sup> FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts*, en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Págs. 79-102.

<sup>464</sup> GROPPI, T. PONTHEOREAU, M. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit. Pág. 425.

5-El uso como soporte argumentativo o probatorio. Siguiendo a Alpa, incorporar derecho foráneo en general para la jurisprudencia de una Corte local, es usado como argumentos adicionales novedosos e importantes para sustentar y motivar sus fallos. Este autor llama a este uso “no esornativo” de derecho foráneo.<sup>465</sup> Peña, por su parte, afirma que la Constitución tiene muchos conceptos indeterminados que el juez constitucional necesita llenar de forma justificada. Una buena fuente sería el derecho foráneo, así como un buen nicho de argumentos para trasladar a los casos locales.<sup>466</sup>

Asimismo, Groppi y Phontoreau consideran que se usa la jurisprudencia foránea como un argumento de prueba para soportar la decisión que toma el juez local. Lo que se desea, según estas autoras, es hacer aceptable la decisión en el plano interno del ordenamiento y así obtener legitimidad porque se toma de otros ordenamientos con valores democráticos similares.<sup>467</sup>

6-El uso para los casos difíciles o sin aparente solución. Esta tesis plantea que las Cortes Constitucionales locales acuden al derecho foráneo en general, cuando se enfrentan a un caso difícil o controversial que deben resolver. En su defecto cuando no tienen una solución clara al respecto. Según Alpa, esto también puede explicarse cuando el derecho nacional resulta poco claro o contradictorio, obsoleto, o cuando se quiere buscar una fuente de inspiración.<sup>468</sup>

Igualmente lo considera Fentiman al afirmar que cada ordenamiento jurídico y sistema legal ha encontrado la forma o estrategia para aplicar el fenómeno de la migración de ideas constitucionales sobre todo en los casos difíciles de resolver donde la Corte debe dar una respuesta, y donde el problema no es de información para resolver el caso, pero sí uno de adjudicación.<sup>469</sup> Por su parte, Groppi y Ponthoreau sostienen que las Cortes acuden a la jurisprudencia foránea, sobre todo, cuando se enfrentan a casos 1) particularmente controversiales (Ej. aborto; asuntos de bioética); 2) que tratan de asuntos novedosos; y 3) de alto impacto político y social.<sup>470</sup>

## 6.1 Conclusión y valoración personal

---

<sup>465</sup> ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè altre, Milano. 2006. Pág. 481.

<sup>466</sup> PEÑA TORRES, Marisol. *El diálogo entre el Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. Editorial. Revista. 2012.

<sup>467</sup> GROPPi, T. PONTHOREAU, M. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit. Pág. 425.

<sup>468</sup> MARKESINIS, J. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Óp. Cit. Pág. 27.

<sup>469</sup> FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts*, en ANDENAS, Mads; FAIRGRIEVE, Duncan (Eds.) *Courts and comparative law*. Óp. Cit. Pág. 86.

<sup>470</sup> GROPPi, T. PONTHOREAU, M. *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. Óp.Cit. Pág. 417.

De acuerdo con lo expuesto en este acápite, es posible destacar tres ideas principales y dar nuestra valoración personal al respecto. En primer lugar, desea reiterarse que, tal y como se precisó en el capítulo anterior, no debe equipararse el uso de derecho foráneo en sede judicial con el fenómeno de la MIC, a pesar de existir entre los mismos una correlación necesaria, al igual que existe con el método de derecho comparado.

Por lo anterior, lo que se ha intentado demostrar en este último acápite es que a pesar de que gran parte de la doctrina constitucional y comparada emplea el término genérico de uso de derecho foráneo para describir las causas que llevan a las Cortes a su utilización, al existir esta correlación pueden hacerse extensibles las mismas al fenómeno de la MIC. Asimismo, al ser esta utilización el primer paso para luego transformar, modificar o adaptar el derecho foráneo en el ámbito local y así dar paso a la posible materialización del fenómeno de la MIC, el análisis de estas causas ayuda a su mejor comprensión.

En segundo lugar, desea resaltarse que, pueden constatarse dos grupos principales de causas comunes a las distintas Cortes Constitucionales locales, que explican por qué las mismas deciden poner en práctica o materializar el fenómeno de la MIC. El primero está integrado por aquellas causas que primigeniamente fueron estudiadas por el comparatista a nivel general y sin hacer alusión explícita en el ámbito judicial. Como pudo observarse, estas causas iban dirigidas a entender el fenómeno general de la recepción, los trasplantes y la migración del derecho a nivel global y estadual.

No obstante, y a pesar de que dichas causas se enmarcaron bajo una categoría de estudio macro o general, se considera viable su extensión para el estudio del fenómeno judicial que empezó a constatarse a finales del Siglo pasado y que se mantiene hasta la actualidad. Resulta viable entender cómo los jueces deciden incorporar derecho foráneo para luego transformarlo en ámbito local, bien sea porque buscan autoridad en un área del derecho determinada; por su imposición o prestigio; por su eficacia esperada o utilidad práctica.

El segundo grupo, por su parte, se centró en analizar aquellas causas que en su gran mayoría fueron identificadas por los constitucionalistas comparatistas desde las últimas décadas del Siglo pasado hasta la actualidad, producto de la constatación global que produjo la nueva forma en que los jueces de las Cortes Constitucionales locales comenzaron a trabajar, inspirarse y comunicarse entre sí. Sin duda, la influencia de la globalización; la tecnología; el deseo de hacer parte de una comunidad jurídica transnacional; como las necesidades de consolidar la jurisprudencia de las Cortes nacientes y los contextos particulares de los países,



como los latinoamericanos, por ejemplo, han llevado a que el fenómeno de la MIC sea una realidad que es susceptible de explicarse.

En tercer lugar, desea destacarse que, no sólo es posible explicar las razones comunes que dan cuenta de la ocurrencia del mencionado fenómeno, sino también de cuál ha sido su destinación, finalidad o los usos una vez se logra materializar. Entre ellos, la doctrina distingue el derecho foráneo como autoridad persuasiva, como su uso no autoritativo para la constatación de hechos en otros ordenamientos y la obtención de nuevos argumentos. Asimismo, ha sido destinado para resolver los casos complejos sin aparente solución o encontrar una herramienta o guía que permita hallarla; y brindar mayor soporte argumentativo y probatorio al caso.

Finalmente, y además de lo ya expresado en los párrafos precedentes, nuestra valoración personal al respecto va encaminada a sustentar que, al ser el fenómeno de la MIC, uno de carácter global y generalizado en la actualidad, las causas de su ocurrencia, así como los usos que se le han dado en las Cortes Constitucionales de los distintos ordenamientos deben entenderse de la misma forma. Es decir, de modo común y no aisladamente. Más aún cuando aquellas Cortes que han optado por predicar posturas *permissivas* tal y como fue descrita en este capítulo, se sienten parte de una misma comunidad jurídica global o transnacional que persigue objetivos similares.

**CAPÍTULO TERCERO. En la incorporación de las doctrinas jurisprudenciales foráneas de la Sustitución de la Constitución, del Derecho Viviente y del Bloque de Constitucionalidad, puede evidenciarse la materialización del fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales para el caso colombiano**

## **INDICE DE CAPÍTULO**

### **Introducción**

**1.** La doctrina de la Sustitución de la Constitución: su incorporación y aplicación en Colombia

**1.1** El origen de la doctrina de la Sustitución para Colombia puede situarse en la doctrina de la Estructura Básica creada por la Corte Suprema de Justicia de la India

**1.2** Incorporación en Colombia de la doctrina de la “Estructura básica” bajo el nombre de la doctrina de la Sustitución de la Constitución

**1.3** Evolución de la doctrina de la Sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

**1.3.1** Primera etapa de evolución: la estructuración de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2001-2005)

**1.3.2** Segunda etapa de evolución: el afianzamiento de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2006-2012)

**1.4.3** Tercera etapa de evolución: entre la ampliación y la autorestricción del alcance de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2013-2021)

**1.4** Consecuencias, efectos o implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

**1.5** Conclusiones y valoración personal

**2.** La doctrina del Derecho viviente: su incorporación y evolución en Colombia

**2.1** El origen de la doctrina del Derecho Viviente para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por la Corte Constitucional italiana

**2.2** Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Derecho Viviente

**2.3** Evolución y aplicación de la doctrina del Derecho Viviente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

**2.3.1** Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *directa*

**2.3.2** Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *indirecta*

**2.4** Consecuencias, efectos o implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

**2.5** Conclusiones y valoración personal

**3.** Doctrina foránea del “Bloque de Constitucionalidad”: su incorporación y aplicación en Colombia

**3.1** El origen de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por el Consejo Constitucional francés

**3.2** Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Bloque de Constitucionalidad

**3.3** Evolución y aplicación de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

**3.3.1** Primera etapa de evolución: la incorporación y el asentamiento de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (1995-2005)

**3.3.2** Segunda etapa de evolución: la complejización de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (2004-2013)

**3.3.3** Tercera etapa de evolución: ¿hacia la inseguridad jurídica? (2013-2021)

**3.4** Consecuencias, efectos e implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local

**3.5** Conclusiones y valoración personal

## Introducción

El tercer y último Capítulo tiene como propósito fundamental, evidenciar o ilustrar la materialización del fenómeno de la MIC en Colombia, a partir del estudio de tres *doctrinas jurisprudenciales foráneas* que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico por parte de la Corte Constitucional. Éstas son la de la *Sustitución de la Constitución* de presunto origen indio, y utilizada por primera vez en la S. C-551-03; la del *Derecho Viviente* de presunto origen italiano, desarrollada con la S. C-557-01; y la del *Bloque de Constitucionalidad* de presunto origen francés cuya aplicación inicial se remonta a la S. C-225-95.

Se recuerda que por *doctrinas jurisprudenciales foráneas* puede entenderse un conjunto de ideas o paradigmas, creados por las Cortes Constitucionales locales de distintos ordenamientos jurídicos, para resolver o darles mayor soporte argumentativo a sus casos. Por regla general, una doctrina se constituye de una serie de fallos o sentencias sobre un tema o problema jurídico determinado. Luego de su creación y aplicación reiterada a nivel local, las doctrinas son incorporadas e implementadas por otras Cortes de manera voluntaria, con el fin de darle la misma aplicación, o al menos una similar a la inicialmente contemplada.<sup>471</sup>

---

<sup>471</sup> Nuevamente retomamos la idea de Kuhn sobre la comunidad académica, para plantear la existencia de comunidades académicas y profesionales al interior de las Cortes Constitucionales, que comparten paradigmas en torno a diversos temas del derecho y que se ven aplicados por medio de su jurisprudencia. KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*. Sexta reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica. 1985. Págs. 68 y ss.

Las causas que explican este hecho ya han sido abordadas de manera general al exponer la teoría de la MIC en los capítulos precedentes. Sin embargo, no sobra recordar que, las migraciones de ideas pueden concretarse de diversas formas y tener también contenidos distintos. Entre éstos, nos centraremos en analizar el conjunto de paradigmas que han sido decantados por un grupo de Cortes locales a través de su jurisprudencia, hasta el punto de formar lo que definimos como una doctrina. Por lo anterior, no es nuestro interés principal estudiar el uso de sentencias o precedentes aislados sobre cómo los Tribunales resolvieron casos en concreto, los cuales pudieron ser utilizados en el ámbito nacional con posterioridad.

Asimismo, el propósito descrito no desea afirmar que, sólo en las tres doctrinas mencionadas pueda evidenciarse la materialización del fenómeno de la MIC en la jurisprudencia constitucional colombiana, como podría deducirse erróneamente del título. Por el contrario, como fue expuesto en el penúltimo acápite del Capítulo anterior, existe una constante citación de distintas fuentes de derecho foráneo, que, desde sus inicios hasta la actualidad, la Corte colombiana ha realizado voluntariamente. Nuestra elección se justifica, entonces, por tres razones principales.

La primera es una razón metodológica, y hace alusión a la complejidad que representaría para los efectos de este trabajo, analizar y comprender todas las doctrinas e influencias, así como las distintas fuentes jurídicas foráneas que han sido utilizadas por nuestra Corte Constitucional en casi sus treinta años de historia. Por ello, la elección realizada permite conocer y examinar el fenómeno de la MIC a partir de una muestra significativa como lo serían las doctrinas mencionadas, las cuales, además, tienen un buen nicho jurisprudencial de estudio.

En segundo lugar, nuestra elección viene justificada por una constatación previa de dichas doctrinas, entre muchas otras, que evidencia un importante desarrollo o evolución jurisprudencial luego de su incorporación al ordenamiento constitucional, lo que nos permite examinar no sólo las razones de su incorporación sino también los cambios o transformaciones que han tenido. Recuérdese que es propio del fenómeno de la MIC, poder observar los distintos efectos y aplicaciones que se le han dado a las ideas constitucionales foráneas al interior de los ordenamientos a dónde llegan.

La última razón se refiere a dos aspectos centrales que comparten las doctrinas seleccionadas: primero, que su incorporación tuvo lugar en casos complejos que suscitaron fuertes tensiones con los otros poderes públicos, así como con los demás órganos judiciales de cierre; y segundo, que su aplicación inicial fue catalogada como restrictiva o excepcional, pero en la actualidad gozan de una aplicación continuada, con tal arraigo que parecieran ser propias de nuestro sistema jurídico. Esto último obedece, entre otras cosas, a que la Corte las ha modificado para adaptarlas al caso colombiano como es característico del fenómeno de la MIC.

Dicho lo anterior, este Capítulo se encuentra integrado por tres acápites que pretenden contribuir con el cumplimiento del propósito descrito, y cuyos títulos también están contruidos por medio de premisas y no de simples enunciaciones. Cada premisa responde a un interrogante de fondo que nos ha permitido desarrollar el contenido de estos. De igual forma, y con la finalidad de no perder el hilo conductor de lo expuesto, al final de cada acápite se elaboran sendas conclusiones y se formula nuestra valoración personal al respecto.

En este orden de ideas, el primer acápite desea responder a la siguiente pregunta: ¿cómo fue incorporada y de qué forma se ha aplicado la doctrina de la Sustitución de la Constitución por la Corte Constitucional colombiana? La premisa que responde a esta pregunta intenta explicar que a través de la sentencia C-551-2003, la Corte incorporó por primera vez, la doctrina jurisprudencial foránea de la Estructura Básica de la Constitución, que luego se conocería como la doctrina de la Sustitución de la Constitución.

Según Ramírez, esta doctrina tiene su presunto origen foráneo en el fallo del Caso “Golaknath and Ors vs. State of Punjab” de la Corte Suprema de la India de 1967 que declaró inconstitucional la decimoséptima enmienda a la Constitución. A grandes rasgos, esta enmienda pretendía otorgarle facultades al Legislador para que por medio de la ley pudiera limitar la tenencia de la propiedad que era protegida por el Preámbulo y la Parte III de la Constitución donde se establecen los derechos fundamentales.<sup>472</sup>

Posteriormente, en el caso de “Kesavananda Bharati vs State of Kerala” de 1973, la Corte utilizó aquél fallo como precedente para considerar que más allá del contenido del preámbulo, así como de los derechos fundamentales, existían características que hacían parte

---

<sup>472</sup> RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*, en BUSTAMANTE, T., FERNANDES, B.G. (Eds.) *Democratizing Constitutional Law*, Springer International Publishing Switzerland. 2016. Pág. 213-230.

de la “estructura básica” de la Constitución que no podían reformarse, aún por el órgano competente y en seguimiento del procedimiento establecido.<sup>473</sup>

Al ser incorporada al ordenamiento constitucional colombiano, esta doctrina le ha permitido a la Corte, no sólo controlar las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación como lo ordenan “estricta y precisamente” los Artículos el Art. 241.1, 2 y 379 constitucionales, sino también por los denominados vicios de competencia cuyo análisis se centra en un control material o sustancial de las mismas, en contravía de lo que establece la propia Constitución.<sup>474</sup>

Lo anterior ha generado que la Corte establezca una serie de límites sustanciales o de contenidos irreformables de la Constitución que los poderes constituyentes constituidos no pueden desconocer. Luego de diecisiete (17) años de haber incorporado y adaptado esta doctrina al ordenamiento constitucional colombiano, hemos podido constatar que la Corte se ha pronunciado en ciento siete (107) ocasiones, declarando exequible las reformas constitucionales en veintiséis (26) de ellas; declarándose inhibida para pronunciarse de fondo en treinta y cuatro (34); remitiéndose a la cosa juzgada en veintiocho (28); declarando la inexecutable de las reformas en catorce (14); y produciendo fallos interpretativos de las reformas en cuatro (4) oportunidades.<sup>475</sup>

Numerosos han sido los estudios, y las posturas encontradas, sobre la legitimidad de utilizar esta doctrina por parte de los Tribunales Constitucionales, así como de la forma de aplicarla a través de distintos “test o juicios de sustitución”.<sup>476</sup> Colombia no ha sido la

---

<sup>473</sup> *Ibíd.*

<sup>474</sup> En el fundamento jurídico No. 28 de este fallo se consideró lo siguiente: “(...) la jurisprudencia, tanto nacionales como comparadas, sostiene que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado (...)”, y luego, en la nota a pie de página No. 14 se citan expresamente los casos de la Corte Suprema de la India que crearon dicha doctrina: “(...) ver las sentencias de la Corte Suprema de India sobre el tema, como las siguientes: caso Kesavanand Bharati v. Keral A.I.R. 1973 S.C. 1461, Indira Gandhi v. Raj Narain., A.I.R. 1975 S.C. 2299.” Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>475</sup> Esta información estadística es propia del presente trabajo de investigación, fruto de haber analizado toda la jurisprudencia atinente a esta doctrina.

<sup>476</sup> Sobre estos aspectos ver por ejemplo: ROZNAI, Y. *Unconstitutional constitutional amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Ph.D. dissertation. London School of Economics, London. 2014; ALBERT, R. *Formas y Función de la enmienda constitucional*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 90. Universidad Externado de Colombia. 2017; HENAO, J. (Ed.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2013. LANDAU, D. *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el derecho comparado*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 72. Universidad Externado de Colombia. 2015; BERNAL, C. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. *Escritos de Derecho constitucional y Teoría Jurídica*. Serie Intermedia de Filosofía jurídica y Filosofía del Derecho No. 20. Universidad Externado de Colombia. 2018. ALBERT, R., BERNAL, C. *Cambio Constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 79. Universidad Externado de Colombia. 2016; SOLANO GONZÁLEZ, E., ARANGO DÍAZ, A. *Tribunales transformadores, tribunales*



excepción y dada la vasta jurisprudencia que la ha desarrollado, este primer acápite estudia su origen y el contexto donde pudo haberse creado; la forma cómo migró por las distintas jurisdicciones constitucionales a nivel global; y analizará su incorporación y justificación por la Corte Constitucional colombiana, así como su aplicación hasta la actualidad a partir de los casos más emblemáticos.

El segundo acápite, por su lado, desea contestar el siguiente interrogante: ¿cómo fue incorporada y de qué forma se ha aplicado la doctrina del Derecho Viviente por la Corte Constitucional colombiana? La premisa que responde a esta pregunta intenta ilustrar cómo a través de las sentencias C-557-01 y C-569-04 la Corte incorporó esta doctrina jurisprudencial foránea, a la cual le ha dado un nutrido desarrollo hasta la actualidad.

Según Zagrebelsky, la doctrina del Derecho Viviente tiene su origen en la jurisprudencia constitucional italiana con la sentencia No. 3 de 1956, y puede definirse como la jurisprudencia reiterada y consolidada sobre un tema, proferida por los jueces ordinarios, y especialmente por la Corte de Casación, que debe tenerse en cuenta por la Corte Constitucional en caso de que determinada norma o interpretación legal sea recurrida con posterioridad ante su instancia por considerarla inconstitucional, aunque siempre conservando la autonomía suficiente para declararla nula y/o emitir su propia interpretación diferente a la definida por éstos.<sup>477</sup> De igual forma lo sostiene Quinche Ramírez.<sup>478</sup>

La finalidad que tuvo la Corte Constitucional italiana al introducir esta doctrina fue la de establecer o regular sus relaciones con la magistratura, en especial con la Corte de Casación, en lo que se refiere a la interpretación judicial de la ley, así como la aplicación directa de los principios constitucionales por parte de los jueces ordinarios. De igual forma, unificar a través

---

*reformadores. ¿El Estado Constitucional en Jaque?* Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. 2018. RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy* Óp. Cit.

<sup>477</sup> ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte Costituzionale* (Atti del Convegno, Trieste 26-28, maggio, 1986), Milano, 1988; PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milan, 1994; LA PERGOLA, A., *La Giustizia Costituzionale nel 1986*, en *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*, Roma, 1991; ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale*, Vita Italiana, 1985; GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988. MODUGNO, F. y CARNEVALE, P., *Sentenza additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990. GROPPi, T. *¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm 107, mayo-agosto 2003. Tomado de: BRUST, L. *La sentencia Constitucional en Brasil. Tesis Doctoral*. Universidad de Salamanca, España. 2011. Pág. 244. PIZZORUSSO, A. *I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi* en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 521 y sig.

<sup>478</sup> QUINCHE, M. *La acción pública de inconstitucionalidad*. Universidad del Rosario. 2015. Cap. 3.

del control abstracto de constitucionalidad, las interpretaciones acordes con la Constitución, debido a una fuerte tendencia por parte de la Corte de Casación de realizar interpretaciones legales que contrariaran la recién expedida Constitución Italiana de 1947.

Esta misma tesis fue adoptada por la Corte Constitucional colombiana, a través de las mencionadas sentencias, las cuales incorporaron la doctrina jurisprudencial foránea del Derecho Viviente. Ella le permitió a la Corte admitir definitivamente la procedencia del control abstracto de constitucionalidad para examinar que las interpretaciones judiciales de los órganos de cierre, o la labor hermenéutica de los demás jueces, estuviese acorde con la Constitución.

Este control se ha ejercido en el marco de las denominadas sentencias interpretativas o de exequibilidad condicionada, las cuales han tenido una importante transformación y evolución, gracias a la introducción de la mencionada doctrina.<sup>479</sup> Con fundamento en esta, se han proferido más de cincuenta (50) fallos que dan fe de su aplicación, tanto en sentencias de constitucionalidad (C), unificación (SU), como de tutela (T). De acuerdo con lo anterior, este segundo acápite también pretende estudiar el origen y el contexto donde pudo haberse creado esta doctrina; y analizará su incorporación y justificación por la Corte Constitucional colombiana, así como su aplicación hasta la actualidad a partir de los casos más emblemáticos.

El tercer y último acápite tiene por objeto contestar la siguiente cuestión: ¿cómo fue incorporada y de qué forma se ha aplicado la doctrina del Bloque de Constitucionalidad por la Corte Constitucional colombiana? La premisa que responde a esta pregunta intenta exponer cómo a través de la sentencia C-225-95 la Corte incorporó esta doctrina jurisprudencial foránea, a la cual le ha dado un nutrido desarrollo hasta la actualidad.

Uprimny, en concordancia con otros autores, sitúa en la doctrina francesa, así como en la jurisprudencia del Consejo Constitucional de ese país, el origen de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad para Colombia. En términos generales, esta doctrina plantea la existencia de disposiciones y normas jurídicas que no se encuentran expresamente en el texto de la

---

<sup>479</sup> En la primera sentencia que se referencia se habló por primera vez de esta doctrina en Colombia, mientras que, en la segunda, se citaron expresamente los precedentes de la Corte Constitucional italiana que terminaron por consolidar el origen de esta doctrina. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-557-01. Mp. Manuel José Cepeda; Sentencia C-569-04. MP. Rodrigo Uprimny Yepes. Ver los fundamentos jurídicos del 17-20. Igualmente, las notas a pie de página 9-11 que se remiten a la jurisprudencia italiana: “Ver, entre otras, las sentencias No. 69 de 1982 y No 167 de 1984; Para una presentación de la doctrina del derecho viviente en el caso italiano, ver, entre otros, DI MANNÒ, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*. París, Económica, 1997, pp 180 y ss, 224 y ss, y 464 y ss. Ver igualmente Zagrebelsky. “La doctrine du droit vivant” en Cahiers du C.D.P.C, vol III, 1988, pp 47 y ss”.

Constitución pero hacen parte material del mismo.<sup>480</sup> Esta doctrina fue incorporada por la Corte Constitucional colombiana mediante la sentencia C-225-95 para establecer cuál era el lugar jerárquico de las normas de derecho humanitario que no podían ser suspendidas en los estados de excepción conforme al artículo 93 constitucional.<sup>481</sup> Luego de veinticinco (25) años de aplicación, se han proferido más de cuatrocientos (400) fallos que dan cuenta de su desarrollo e implicaciones en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, en este último acápite también se encarga de estudiar el origen y el contexto donde pudo haberse creado esta doctrina; y se analizará su incorporación y justificación por la Corte Constitucional colombiana, así como su aplicación hasta la actualidad a partir de los casos más emblemáticos que nos permitan conocer su desarrollo.

Como última idea desea destacarse que, a modo transversal en cada acápite que compone este capítulo, se ha diseñado un sub-acápite para analizar algunas de las implicaciones más relevantes que dejaron para nuestro ordenamiento, la incorporación y posterior desarrollo de cada una de las doctrinas objeto de estudio. Con esto se desea ratificar aún más, la materialización del fenómeno de la MIC, el cual implica no sólo incorporar la fuente foránea al ordenamiento, sino transformarla, cambiarla o adaptarla a la realidad local.

En el marco de la materialización de este fenómeno, las *doctrinas jurisprudenciales foráneas* han sido aprovechadas por la Corte Constitucional colombiana como novedosas herramientas y recursos jurídicos para crear, fortalecer e innovar en sus líneas

---

<sup>480</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá. 2001. Págs. 1-10; FAVOREU, L. *El bloque de constitucionalidad*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No 5. 1990; FAVOREU, L. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel. 1994; PARDO, J. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1990. TOBÓN, M.; MENDIETA, D. El (des) control de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales, Vol. 16, No. 2. Santiago, diciembre 2018. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn7](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn7)

<sup>481</sup> Así se puede apreciar en este fallo: “Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946”. Adicionalmente en la nota a pie de página No. 23 se remite a la doctrina francesa: “Sobre esta noción, ver Louis Favoreu "El bloque de constitucionalidad" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No 5 pp 46 y ss. Igualmente Javier Pardo Falcón. El Consejo Constitucional Francés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 115 y ss”. Corte Constitucional colombiana. sentencia C-225-1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

jurisprudenciales. De igual modo, se han generado importantes consecuencias respecto de cada una de ellas:

En relación con la doctrina de la Sustitución de la Constitución, destacamos la protección de la democracia constitucional y del Estado de Derecho; el fortalecimiento del gobierno de los jueces y la juristocracia; la extensión del objeto de las sentencias Interpretativas y la colisión de principios básicos o esenciales; las nuevas competencias de la Corte no contempladas inicialmente en la Constitución; la creación de cláusulas pétreas o de intangibilidad que la Constitución no dispuso; la posible extinción de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano Legislativo y la afectación del principio de separación de poderes.

Respecto de la doctrina del Derecho Viviente, resaltamos la ampliación del objeto del control de constitucionalidad y su concretización; la creación de una nueva modalidad del control de constitucionalidad; y el fomento del mal llamado “choque de trenes”. Y en relación con la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, subrayamos la ampliación y dinamización de la Constitución; la generación de inseguridad jurídica y un nuevo parámetro de control de constitucionalidad; y la creación de una nueva herramienta interpretativa e integradora para el ordenamiento constitucional.

## **1. La doctrina de la Sustitución de la Constitución: su incorporación y evolución en Colombia**

### **1.1 El origen de la doctrina de la Sustitución para Colombia puede situarse en la doctrina de la Estructura Básica creada por la Corte Suprema de Justicia de la India**

Apoyándose en las citas de la sentencia C-551-03 de la Corte Constitucional colombiana, tanto Ramelli como Ramírez afirman que la doctrina de la Sustitución de la Constitución tiene su principal origen foráneo en el fallo del caso *Golaknath and Ors vs. State of Punjab* de la Corte Suprema de la India de 1967 que declaró inconstitucional la decimoséptima enmienda de su Constitución.<sup>482</sup> A grandes rasgos, esta enmienda pretendía

---

<sup>482</sup> A pesar de que la Corte no definió cuál era el contenido de la “estructura básica” de la Constitución, si ha conservado esta nueva competencia para definirlo en cada caso en concreto a su criterio hasta la actualidad. Ver por ejemplo los casos “Indira Gandhi vs. Raj Narain” (1975); “Minerva Mills vs. India” (1980); “Waman Rao vs. Union of India and Others” (1981); “Ashoka Kumar Thakur vs. Union of India” (2008); y “Supreme Court Advocates on Record Association vs. Union of India” (2015). RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*, en BUSTAMANTE, T., FERNANDES, B.G. (Eds.) *Democratizing Constitutional Law*, Springer International Publishing Switzerland. 2016. Pág. 213-230; RAMELLI, A. *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, enero-abril de 2021, 31-50. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.02>

otorgarle competencias al Legislador para limitar la tenencia de la propiedad que era protegida por el Preámbulo, y la Parte III de la Constitución donde se establecen los derechos fundamentales.<sup>483</sup>

Esta Corte consideró que, si bien el Legislador era competente para reformar la Constitución, dicha facultad no podía ser interpretada de modo absoluto para desconocer su estructura esencial o básica, conformada por aquellos valores y principios ideados por el poder constituyente originario.<sup>484</sup> Posteriormente, en el caso de *Kesavananda Bharati vs State of Kerala* de 1973, esta Corte utilizó aquél fallo como un precedente, para considerar que más allá del contenido del preámbulo, así como de los derechos fundamentales, existían características que hacían parte de la llamada “estructura básica” de la Constitución que no podían reformarse, aún por el órgano competente y en seguimiento del procedimiento establecido.<sup>485</sup>

En 1976 se aprobó en la India una reforma constitucional, la cual pretendió que la Corte Suprema de Justicia no pudiera ejercer el control de constitucionalidad sobre las enmiendas a la Constitución bajo la doctrina de la Estructura Básica. No obstante, en el caso *Minerva Mills vs. Union of India* de 1980, fue declarada inconstitucional por la misma Corte por desconocer sus competencias de revisión y control judicial, las cuales, a su consideración, resultaban esenciales o básicas a la luz de la Constitución.<sup>486</sup>

Desde este último caso, hasta otros más recientes como el de *Supreme Court Advocates on Record Association vs. Union of India* del año 2015, la Corte Suprema de Justicia de este país ha seguido reiterando y utilizando la doctrina de la Estructura Básica para declarar inconstitucionales las reformas constitucionales que desconozcan aquellos valores y principios básicos que forman la identidad de su propia Constitución. En especial: la dignidad humana, los derechos fundamentales, la cláusula de Estado Social de Derecho; la independencia del

---

<sup>483</sup> Un análisis detallado de este caso puede verse en: RAI, D. *Golaknath, I.C. vs State of Punjab (1967): overview and analysis*. Ipleaders. 2019; DATTA, S. *Comprehending and Inquisitioning the ‘Doctrine of Basic Structure’ in India: Urgency to Define the Doctrine*. International Journal of Research and Review. Vol. 7. Issue 3. Marzo 2020.

<sup>484</sup> RAMELLI, A. *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*. Óp. Cit. Pág. 33.

<sup>485</sup> RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*, en BUSTAMANTE, T., FERNANDES, B.G. (Eds.) *Democratizing Constitutional Law*, Óp. Cit. Pág. 213-230

<sup>486</sup> BENÍTEZ, V. *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Temis-Universidad de La Sabana. 2014. Pág. 2-3.

poder judicial; la supremacía constitucional; la soberanía nacional; la separación de poderes; la forma democrática y republicana de gobierno; entre otros.<sup>487</sup>

Según Datta, la doctrina de la Estructura Básica en la India, “(...) a menudo ha sido etiquetada como una forma de extralimitación judicial o activismo judicial”.<sup>488</sup> En este sentido, ilustra cómo la función de legislar o hacer leyes, que corresponde constitucionalmente al poder Legislativo, ha sido asumida en buena parte por el poder judicial. De igual forma ha ocurrido con las funciones del Gobierno en cabeza del poder Ejecutivo. En buena medida, la justificación en la aplicación de esta doctrina ha podido legitimarse por parte de la Corte, dada la insuficiencia de los demás poderes públicos en el cumplimiento de sus funciones.<sup>489</sup>

En cuanto a los orígenes de esta doctrina para la India, Datta describe que podría obedecer a una ponencia realizada en 1965 por un profesor alemán llamado Dietrich Conrad en la Universidad de Banaras (BHU), donde se discutía sobre las limitaciones implícitas al poder de reforma constitucional. En dicho evento académico, el jurista alemán se preguntaba si un partido mayoritario o el legislador podrían de un momento a otro eliminar las libertades personales fundamentales, o abolir la misma Constitución. Su respuesta fue negativa, inspirándose en la cláusula pétrea (*eternity clause*) de la Constitución de Weimar de 1919 que estableció un modelo republicano y democrático que no podía ser eliminado ni siquiera por el parlamento.<sup>490</sup>

De acuerdo con lo anterior, Datta afirma que este evento académico pudo haber inspirado a los jueces de la Corte Suprema de Justicia para introducir dos años después la mencionada doctrina de la Estructura Básica, teniendo en cuenta el contexto en el cual se desarrolló el caso *Golaknath and Ors vs. State of Punjab* de 1967. No obstante, esta postura, autoras como Scotti permiten intuir que los posibles orígenes de esta doctrina se sitúan en la citación de ciertos casos de la Corte Suprema de Justicia norteamericana sobre los límites al poder de reforma del Congreso, que sirvieron como argumentos para declarar inconstitucionales varias reformas constitucionales impulsadas principalmente por el poder ejecutivo de la India.<sup>491</sup>

---

<sup>487</sup> RAMELLI, A. *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*. Óp. Cit. Pág. 34.

<sup>488</sup> DATTA, S. *Comprehending and Inquisitioning the 'Doctrine of Basic Structure' in India: Urgency to Define the Doctrine*, Óp. Cit. Pág. 80-85.

<sup>489</sup> *Ibíd.*

<sup>490</sup> *Ibíd.* Pág. 80-81.

<sup>491</sup> SCOTTI, V. *India: A "Critical" use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Óp.Cit. Págs. 80-88. Los casos a los

Por otro lado, García y Gnecco sostienen que los antecedentes locales de esta doctrina para Colombia también pueden complementarse con el control de constitucionalidad que realizaba la extinta Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Constitución Política de 1886. Según estos autores, existe una tendencia en Colombia, propia de las corrientes del neoconstitucionalismo, consistente en incorporar doctrinas y prácticas extranjeras “(...) para explicar los fenómenos jurídicos, políticos y constitucionales (...), lo que en su criterio podría desconocer el constitucionalismo local”.<sup>492</sup>

En consecuencia, consideran que, los antecedentes de la denominada doctrina de la Sustitución de la Constitución, la cual tiene por objeto definir los límites al poder de reforma constitucional, deberían ser analizados también desde el ámbito local, sin desconocer que tiene un componente foráneo importante en la doctrina de la Estructura Básica de la India que se explicó en líneas precedentes.

En Colombia, históricamente el poder de reforma a la Constitución ha estado en cabeza del órgano legislativo de manera preferente. De igual forma, fue una constante la inclusión de cláusulas pétreas y límites materiales al poder de reforma en casi todas las Constituciones del S.XIX.<sup>493</sup> No obstante el antecedente más cercano a esta doctrina puede verse en el control de constitucionalidad del Decreto Legislativo No. 247 de 1957 que estableció el acuerdo de división política paritaria entre liberales y conservadores, denominado como el Frente Nacional.

Según García y Gnecco, desde el control de constitucionalidad del mencionado Decreto Legislativo, hasta el control realizado a la reforma constitucional a la rama judicial de 1977, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tenía como postura definida la no revisión del contenido de los actos reformativos de la Constitución o lo que se conoce como vicios de fondo o materiales.<sup>494</sup> Dicha posición se basó en una interpretación exegética del Art. 218

---

cuales se refiere Scotti son *Coleman vs Miller*, 307 US 443 (1939); *Luther vs Borden*, 48 US 1 (1849); *Baker vs Carr*, 369 US 186 (1962); y *Marbury vs Madison*, 5 US 137 (1803).

<sup>492</sup> GARCÍA, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 *Vniversitas*, 2016. Pág. 63. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp>

<sup>493</sup> Ver: *Ibíd.* Págs. 63-64.

<sup>494</sup> Algunas de las sentencias más importantes donde puede verse esta posición son las siguientes: “(...) Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Unitaria, Auto del 28 de octubre de 1955, magistrado ponente Luis Enrique Cuervo, 2159 *Gaceta Judicial*, 862. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Unitaria, Auto del 30 de enero de 1956, magistrado ponente Ignacio Gómez-Posse, 2163, 2164 *Gaceta Judicial*, 9-10. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 1957, magistrado ponente Guillermo Hernández-Peñalosa, 2188-2190 *Gaceta Judicial*. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 16 de abril de 1971, magistrado ponente Guillermo González-Charry, 2340-2342 *Gaceta Judicial*”, citado por GARCÍA, S., GNECCO,

constitucional que dispuso como única vía de reforma, los Actos Legislativos aprobados por el Congreso de la República en dos legislaturas, y la publicación por parte del Gobierno del proyecto de reforma luego de finalizar la primera de ellas.<sup>495</sup>

En este sentido, la competencia de la Sala Constitucional estaba determinada por dicha interpretación, la cual se sustentaba en que un control material sobre las reformas constitucionales, equivaldría a sustituir los excesos del Congreso o del Gobierno, por el despotismo del poder judicial.<sup>496</sup> No obstante, en 1978, la Sala cambió su postura y a grandes rasgos determinó que el Congreso de la República era competente sólo para modificar ciertos temas constitucionales; y que los Actos Legislativos eran asimilables a las leyes, las cuales sí podían tener un control material.<sup>497</sup>

Hasta 1991 esta fue la postura predominante de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sin que ello demostrara un uso reiterado y excesivo del control material

---

F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, Óp. Cit. Pág. 63.

<sup>495</sup> El Artículo 209 original estableció lo siguiente: “Esta Constitución podrá ser reformada por un Acto Legislativo, discutido primeramente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso”. Luego, el Artículo 13 del Decreto Legislativo 247 de 1957 estableció que “En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución”, el cual dispuso lo siguiente: “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por esta nuevamente debatido y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso”. Consultado en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1055550>; y en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=7153>

<sup>496</sup> Esta postura puede evidenciarse en el “(...) salvamento de voto del magistrado Guillermo González Charry. Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Asuntos Constitucionales, sentencia del 5 de mayo de 1978 [declaró inexecutable el Acto Legislativo 2 del 19 de diciembre de 1977, por el cual se convocaba una Asamblea Constitucional en vigencia del artículo 213 de la Constitución de 1886], magistrado ponente José María Velasco-Guerrero, 2397 Gaceta Judicial, 91-125. Colombia, Acto Legislativo 2 de 1977 reformativo de la Constitución Nacional, 19 de diciembre de 1977. Disponible en: [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/1825478?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Acto/1825478?fn=document-frame.htm$f=templates$3)”, citado por GARCÍA, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, Óp. Cit. Pág. 63.

<sup>497</sup> Esta nueva postura puede estudiarse en las siguientes sentencias: “Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Asuntos Constitucionales, sentencia del 5 de mayo de 1978 [declaró inexecutable el Acto Legislativo 2 del 19 de diciembre de 1977, por el cual se convocaba una Asamblea Constitucional en vigencia del artículo 213 de la Constitución de 1886], magistrado ponente José María Velasco-Guerrero, salvamento de voto del magistrado Guillermo González-Charry, 2397 Gaceta Judicial, 91-125; Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Asuntos Constitucionales, sentencia del 16 de octubre de 1979 [executable el Acto legislativo 1 de 1968, por el cual se reforma la Constitución Política de Colombia], magistrado ponente Alfonso Suárez de Castro, 2401 Gaceta Judicial. Disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30001120>”, citado por GARCÍA, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, Óp. Cit. Pág. 66.



de las reformas constitucionales, dado que entre 1978 y 1991, cuando se expide la actual Constitución, sólo se concretó una de ellas, consistente en la elección popular de alcaldes y gobernadores del país. Al expedirse la nueva Constitución, el Artículo 241 fue muy claro en disponer que el control de las reformas se haría en “estrictos y precisos términos”, y sería sólo por vicios de procedimiento en su formación y no por vicios materiales o de fondo:

“Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.<sup>498</sup>

Esta regla fue reiterada por el Artículo 379 dispuso lo siguiente: “Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocatoria de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título. La acción pública contra estos actos sólo procederá dentro del año siguiente a su promulgación, con observancia de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 2”.<sup>499</sup>

A pesar de esta clara regulación sobre los límites al poder de reforma constitucional, la cual siguió aplicándose de forma reiterada durante doce años, mediante la sentencia C-551-03 la Corte Constitucional decidió realizar una nueva interpretación que permitió controlar materialmente el contenido de las reformas constitucionales con la finalidad de impedir el desconocimiento de los pilares básicos que daban identidad a la propia Constitución de 1991.

Como se verá a continuación, el caso se trató sobre el control de una ley, que, por iniciativa del gobierno de turno, convocaba a un referendo que modificaría aproximadamente veinte artículos de la Constitución. Para argumentar la nueva interpretación de los Artículos 241 y 379 constitucionales, la Corte citó expresamente los casos *Kesavanand Bharati vs. State of Kerala de 1973* y el de *Indira Gandhi v. Raj Narain de 1975*, que, a su vez, habían acogido el precedente establecido en *Golaknath and Ors vs. State of Punjab de 1967* sobre los límites al poder de reforma y la doctrina de la Estructura Básica de la Constitución.

---

<sup>498</sup> Colombia. Constitución Política de 1991. Artículo 241. Secretaria del Senado de la República. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

<sup>499</sup> *Ibíd.*

## **1.2 Incorporación en Colombia de la doctrina de la “Estructura básica” bajo el nombre de la doctrina de la Sustitución de la Constitución**

Como ha podido anticiparse, a través de la sentencia C-551-03, la Corte Constitucional colombiana incorporó por primera vez, la doctrina jurisprudencial foránea de la Estructura Básica de la Constitución, bajo el nombre de la Sustitución de la Constitución. Esta le ha permitido a la Corte, no sólo controlar las reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación como lo ordenan “estricta y precisamente” los Artículos el Art. 241.1, 2 y 379 constitucionales, sino también por los denominados vicios de competencia cuyo análisis se centra en un control material o sustancial de las mismas, en contravía de lo que establecen los mencionados artículos.

En esta sentencia se estudió la constitucionalidad de la Ley 796 de 2003 que, por iniciativa del gobierno de turno, convocaba a un referendo que modificaría aproximadamente veinte artículos de la Constitución. Desde las primeras consideraciones y fundamentos, la Corte se preguntó si el control de constitucionalidad que ejercería sobre dicha ley sería únicamente sobre los vicios de procedimiento en su formación, tal y como lo ordena el Art. 241.2 constitucional, o, por el contrario, también era competente para evaluar su contenido.

Para dar respuesta a este problema jurídico, la Corte estudió los precedentes aplicables al caso, los cuales eran uniformes en sostener que el control de constitucionalidad asignado a la Corte por el Constituyente recaía únicamente sobre los vicios de procedimiento en la formación de los actos reformativos. Bajo esta posición se había establecido en una línea jurisprudencial estable desde 1994 hasta el 2003, cuyas sentencias hito eran la C-180-94, C-543-98 y C-487-02.<sup>500</sup>

---

<sup>500</sup> En la sentencia C-180-94, con ponencia de Hernando Herrera Vergara, la Corte también estudió el caso de una ley que convocaba a referendo y fue determinante en establecer que su control se hacía “(...) sólo por vicios de procedimiento, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 241 de la Carta Política”, pues “(...) una interpretación distinta del fragmento que se glosa no se acompañaría con el artículo 241 de la Carta. No puede entonces la Corte, so pena de contrariar la Constitución, ejercer un control previo y de contenido respecto del texto mismo que se somete a referendo. Respecto de los actos reformativos de la Constitución, la Corporación únicamente puede ejercerlo por vicios de procedimiento en su formación, y mediando acción pública ciudadana conforme al artículo 241-1 CP”. De igual forma fue reiterado en la sentencia C-543-98, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, que analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 01 de 1997 que modificó el art. 35 constitucional sobre la extradición en Colombia. Además de citar la sentencia C-180-94, se estableció lo siguiente: “A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación, es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo. Cabe agregar que como el control constitucional de los Actos Legislativos no es de carácter oficioso, sino rogado (por demanda ciudadana), la Corporación en estos casos tan sólo puede pronunciarse sobre los cargos formulados por los demandantes”. “(...) Ello no es asunto que deba examinar la Corte pues en el examen del trámite de aprobación de los Actos Legislativos su competencia es

No obstante, en los fundamentos No. 21 y siguientes, la Corte decidió cambiar el precedente aplicable, e interpretar que dentro de los vicios de procedimiento se encuentran incluidos los de competencia. Estos se proyectan tanto sobre el contenido material de la disposición controlada como sobre el trámite, y se concretan cuando un órgano carece de la atribución o competencia para reformar la Constitución. Como se apreciará a continuación, para ello se apoyó en los mismos fundamentos utilizados por la Corte Suprema de Justicia de la India en relación con la doctrina de la Estructura Básica de la Constitución.

En primer lugar, la Corte aclaró que, si bien la Constitución de 1991 no estableció cláusulas pétreas, “(...) esto no significa que el poder de reforma no tenga límites así estos reconozcan un poder muy amplio de modificación de la Constitución”. A esto agregó que, al ser el poder de reforma, “(...) un poder constituido y regulado en el Título XIII de la Constitución, tiene límites materiales, pues la facultad de “reformar la Constitución” (artículo 374 CP) no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad”.<sup>501</sup>

En segundo lugar, determinó que para examinar si el poder de reforma ha incurrido en un vicio de competencia, el juez constitucional debe necesariamente realizar un control de fondo sobre el acto demandado, y de esta forma analizar si la Constitución fue o no sustituida por otra en su totalidad. Para ello se hace necesario tener en cuenta los principios constitucionales básicos o esenciales que la definen, los cuales deberán identificarse en cada caso en concreto toda vez que no se cuenta con la existencia de cláusulas pétreas o de intangibilidad.

En tercer lugar, y en busca de reforzar su argumento de que al encontrarse los vicios de competencia dentro de los de procedimiento, la Corte tendría competencia para hacer un control de fondo, se apoyó especialmente en la ya mencionada doctrina de la Estructura Básica. A continuación, se transcriben algunos de los fundamentos utilizados por la Corte para justificar por qué en Colombia también resultaba aplicable dicha doctrina, sólo que con una denominación formal distinta.

Para definir los límites competenciales al poder de reforma constitucional expresó lo siguiente: “(...) la Corte Suprema de India, en numerosos fallos, ha concluido que el poder de

---

bastante restringida, ya que sólo se le permite analizar los vicios de forma y no el contenido mismo de la disposición constitucional acusada”. Finalmente, en la sentencia C-487-02, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, se reiteró lo dispuesto en la C-543-98, y la Corte terminó por declararse inhibida para pronunciarse de fondo, en la medida que el demandante planteó cargos sobre el contenido del Acto Legislativo No. de 2001 demandado y no sobre los vicios de procedimiento en su formación.

<sup>501</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-551-03. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Fundamentos 21 y siguientes.

reforma constitucional tiene límites competenciales, a pesar de que esa Constitución no consagra ninguna prohibición expresa al poder de reforma, ni ninguna cláusula pétrea”.<sup>502</sup> Paso seguido, agregó: “En tal contexto, la Corte Suprema [de la India], en jurisprudencia reiterada, ha señalado que el poder de reforma no puede ser igualado al poder constituyente originario, por lo que se entiende que ese poder de reforma es limitado y debe preservar la constitución existente, adaptándola a los cambios históricos”.<sup>503</sup>

Finalmente, al hacer alusión a la finalidad que se le ha dado a la doctrina de la Estructura Básica en sede de revisión constitucional, dijo: “El parlamento puede, según la Corte Suprema de India, revisar la Constitución siempre y cuando no afecte su “estructura básica”, pues la identidad esencial de la Carta debe ser preservada, a pesar de las reformas. Y con esa doctrina, este tribunal ha declarado inconstitucionales algunas reformas constitucionales, que pretendían afectar la estructura básica de esa constitución, por ejemplo, por excluir de control judicial la elección del Primer Ministro”.<sup>504</sup>

Como puede observarse en estas citas, el argumento de la Corte para fundamentar el nuevo control sobre los vicios de competencia en Colombia es esencialmente el mismo utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la India al dar aplicación a la doctrina de la Estructura Básica de la Constitución. Esto es, la existencia de límites competenciales al poder de reforma no obstante ninguna prohibición expresa del Constituyente; y que el poder de reforma no puede ser equiparado al poder constituyente originario, pues es limitado y hay ciertas materias que escapan a su ámbito de competencia y que por no desconocer la “estructura básica”; la “esencia” o “los pilares básicos” de lo ya existente.

---

<sup>502</sup> “En efecto, el artículo 368 de la Constitución establece que el Parlamento puede modificar la Constitución si la reforma es aprobada por una mayoría calificada en el parlamento (2/3 partes de los asistentes, con la participación de la mayoría absoluta de los miembros). La única restricción explícita establecida por esa constitución es que, si la reforma versa sobre la estructura federal del Estado indio, entonces deberá ser aprobada también por la mitad de las legislaturas de los Estados”. Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de India sobre el alcance del poder de reforma, ver, entre otros, David Sathe. “Judicial activism” en *Journal of Indian School of Political Economy*. Vol 10, 1998, No 3, pp 419 y ss. Ver igualmente de este autor, “Judicial Activism: The Indian Experience” en *Washington University Journal of Law & Policy*. 2001, No 29, pp 42 y ss. Los casos que fundaron la doctrina de la estructura básica como límite al poder de reforma son la sentencia *Golaknath v. Punjab*, de 1967, que formuló inicialmente la tesis del carácter limitado del poder de reforma y la sentencia *Kesavananda Bharati v. Kerala* de 1973, que precisó la doctrina al formular la noción de la estructura básica como límite al poder de reforma. Las aplicaciones más importantes de esa doctrina son la sentencia *Indira Gandhi v. Raj Narain* de 1975 y la sentencia *Minerva Mills v India*, en donde la Corte Suprema la aplicó para preservar la democracia India. En derecho comparado, ver las sentencias de la Corte Suprema de India sobre el tema, como las siguientes: caso *Kesavananda Bharati v. Kerala* A.I.R. 1973 S.C. 1461, *Indira Gandhi v. Raj Narain.*, A.I.R. 1975 S.C. 2299”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-551-03. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Citas No. 14 y 19.

<sup>503</sup> *Ibíd.*

<sup>504</sup> *Ibíd.*

Luego de estas citas, la Corte se refiere de forma general a la doctrina de la Estructura Básica, y dice que su fundamento se centra en “(...) que toda Constitución democrática, aunque no contenga expresamente cláusulas pétreas, impone ciertos límites materiales al poder de reforma del constituyente derivado, por ser éste un poder constituido y no el poder constituyente originario”.<sup>505</sup> De acuerdo con lo anterior, estos poderes tendrían la competencia para reformar la Constitución, siempre y cuando respeten la estructura básica que define su esencia, la cual no se encuentra definida a priori sino cada caso en concreto por labor del juez constitucional.

En virtud de lo anterior, la Corte concluye que el constituyente derivado no tiene competencia para “destruir la Constitución”, sino únicamente para reformarla. Por ello, declaró inexecutable varios artículos, y sus respectivos numerales, de la Ley 796 de 2003. En virtud de los artículos 241.2, 378 y 379 constitucionales, la Corte se declara competente para controlar las leyes que convocan referendos de iniciativa gubernamental para reformar eventualmente la Constitución, sólo por vicios de forma, teniendo en cuenta que dentro de estos se encuentran los vicios de competencia. Éstos últimos se materializan cuando los poderes constituidos facultados para reformar la Constitución, como los son el Congreso, el pueblo, y la Asamblea Nacional Constituyente, exceden su competencia para reformarla y la sustituyen o reemplazan totalmente.

Finalmente, debe aclararse que, al ser este fallo el primero en utilizar o aplicar la doctrina de la Estructura Básica o lo que se denominaría en Colombia de la Sustitución de la Constitución, no podría hablarse de una doctrina consolidada sino hasta los fallos subsiguientes que reiteraron este precedente, como se estudiará en el siguiente acápite. De igual forma, no se encuentra lo que se conoce hoy como el Juicio de Sustitución de la Constitución, utilizado y creado por la Corte para determinar cuándo se incurre en los mencionados vicios de competencia.

### **1.3 Evolución de la doctrina de la Sustitución de la Constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.**

Como se expuso en el acápite anterior, luego de la incorporación de la doctrina de la Estructura Básica en Colombia, por medio de la sentencia C-551-03, su denominación fue cambiada al de doctrina de la Sustitución de la Constitución, en adelante -DSC-. Este cambio de nombre obedeció precisamente a la materialización del fenómeno de la MIC descrito por

---

<sup>505</sup> *Ibíd.*

Choudhry, y analizado en el Capítulo Primero. Recuérdese que, según este autor, al migrar una idea o doctrina de un ordenamiento jurídico a otro, es esperable y deseable que cambie o se transforme conforme va evolucionando y desarrollándose localmente.<sup>506</sup>

Es la esencia del fenómeno de la MIC, que las ideas puedan cambiar, adaptarse y transformarse parcial o totalmente a como fueron concebidas originalmente. De lo contrario, afirmaba Choudhry, se incurriría en los fenómenos del trasplante, la imitación o el borrowing, donde eventualmente podría predicarse una estaticidad de la idea. Por ello, la migración se concreta en que la doctrina no regresará a su dueño; también en que no existe conocimiento y autorización previa del creador de la idea, así como tampoco la construcción de un eventual diálogo entre las Cortes locales como lo sería en este caso.<sup>507</sup>

En virtud de lo anterior, y como fue precisado en la introducción de este Capítulo, el objetivo de esta sección se concentra en analizar cómo la idea o doctrina foránea de la Estructura Básica de la Constitución, evolucionó y se desarrolló al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Por lo anterior, en este acápite no se estudiará el debate doctrinal que ha surgido en torno al deber ser de su aplicación, es decir, el que se preocupa por determinar si debe continuar aplicándose o no, producto del enfrentamiento existente entre la democracia constitucional y la mayoritaria.<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> Para revisar las características más importantes que estructuran la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, remítase al acápite No. 3 del Capítulo Primero.

<sup>507</sup> CHOUDHRY, S. *The Migration of Constitutional Ideas*. Óp. Cit. Pág. 21-22.

<sup>508</sup> Para ver y estudiar este debate, remitimos nuevamente a la siguiente bibliografía: ALBERT, R. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press, Oxford. 2019. GARGARELLA, R. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, by Richard Albert. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, enero-abril de 2021, 371-389; GARCÍA, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, Óp. Cit; DATTA, S. *Comprehending and Inquisitioning the 'Doctrine of Basic Structure' in India: Urgency to Define the Doctrine*. Op. Cit. RAMELLI, A. *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*. Óp. Cit; ROZNAI, Y. *Unconstitutional constitutional amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Ph.D. dissertation. London School of Economics, London. 2014; ALBERT, R. *Formas y Función de la enmienda constitucional*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 90. Universidad Externado de Colombia. 2017; HENAO, J. (Ed.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2013. LANDAU, D. *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el derecho comparado*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 72. Universidad Externado de Colombia. 2015; BERNAL, C. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho constitucional y Teoría Jurídica*. Serie Intermedia de Filosofía jurídica y Filosofía del Derecho No. 20. Universidad Externado de Colombia. 2018. ALBERT, R., BERNAL, C. *Cambio Constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 79. Universidad Externado de Colombia. 2016; SOLANO GONZÁLEZ, E., ARANGO DÍAZ, A. *Tribunales transformadores, tribunales reformadores. ¿El Estado Constitucional en Jaque?* Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. 2018. RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*. Óp. Cit.

Dicho lo anterior, a continuación, se ilustran y analizan por etapas los casos más emblemáticos o representativos que han podido evidenciarse durante los últimos diecisiete años de jurisprudencia, en torno a la evolución de la DSC en Colombia. La selección de estos obedece a criterios que nos han permitido entender cómo se ha aplicado y evolucionado de manera general, así como sus alcances y repercusiones más importantes dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

### **1.3.1 Primera etapa de evolución: la estructuración de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2001-2005)**

Una primera etapa de evolución muestra que las sentencias posteriores a la C-551-03, trataron de justificar la incorporación de la doctrina Básica de la Constitución en Colombia, o en los lentes de muchos, la creación de una doctrina completamente novedosa a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, fruto de una nueva interpretación de los Artículos 241.1, 2 y 379 por parte de la Corte Constitucional. Entre estas sentencias que dieron las bases a lo que se denominó como DSC se encuentran la C-1200-03, C-970, 971-04 y C-1040-05, cuyo análisis concreto se expone a continuación.

Es necesario resaltar que, entre los aspectos que tienen común los primeros fallos, se destaca su reiteración en que mediante el poder de reforma constitucional los poderes constituidos no pueden “sustituir la estructura básica de la Constitución”, refiriéndose materialmente a la doctrina creada por la Corte Suprema de la India, pero omitiendo toda cita expresa a dicha fuente. Por el contrario, como lo es propio del fenómeno de la MIC, dichos fallos reiteraron el precedente establecido en la sentencia C-551-03, que sí contiene dichas citas.

Lo anterior se debe a que para la Corte colombiana era importante darle un ropaje nacional a la doctrina india, para hacerla, entre otras cosas, vinculante en el ordenamiento jurídico. Esto concuerda con lo que afirmaba Saunders al describir que la migración de ideas constitucionales en sede judicial sucede con frecuencia durante los primeros años de expedición de una nueva Constitución y va desapareciendo cuando la jurisprudencia local se empieza a consolidarse. Por ello, una vez la jurisprudencia ha comenzado a consolidarse, las Cortes comienzan a citar sus propios precedentes pues perderían autoridad en el ámbito local.<sup>509</sup>

Dicho lo anterior, la sentencia C-1200-03 estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 03 de 2002, el cual reformó la Constitución para introducir el

---

<sup>509</sup> SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*. Óp.Cit. Págs. 580-590.

sistema penal acusatorio en Colombia. A pesar de que la Corte terminó por declararse inhibida para pronunciarse de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, se convirtió en una sentencia Hito por reiterar por primera vez la tesis sobre la DSC y su competencia para analizar los vicios de competencia en las reformas constitucionales, establecida en la C-551-03.<sup>510</sup>

En primer lugar, la Corte se preguntó por el alcance del control de constitucionalidad y de su propia competencia en el mismo. Para ello, citó expresamente la C-551-03 y reiteró el siguiente precedente: “(...) cuando la Constitución adjudica a la Corte el control de los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional en general, y de una ley que convoca un referendo en particular, no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.”<sup>511</sup>

Como puede evidenciarse, la norma jurídica en virtud de la cual la Corte se atribuye competencia no surge de una disposición “estricta y precisa” como lo ordena el Art. 241 constitucional, sino de una interpretación sistemática de la Constitución realizada en un fallo anterior. Según la Corte, esta idea se soporta, a su vez, bajo el entendido de que la Constitución no establece expresamente cláusulas pétreas o principios inteligibles, pero tampoco autoriza expresamente a los poderes constituidos a sustituirla o reemplazarla.

Asimismo, en esta sentencia se reitera qué implicaría sustituir la Constitución y el valor de los principios constitucionales básicos en su conjunto: “La prohibición de sustitución impide transformar cierta Constitución en una totalmente diferente, lo cual implica que el cambio es de tal magnitud y trascendencia que la Constitución original fue reemplazada por otra, so pretexto de reformarla”. (...) Los principios fundamentales o definatorios de una Constitución son relevantes para establecer el perfil básico de dicha Constitución, pero no son intocables en sí mismos aisladamente considerados. De ahí que la intangibilidad representa una mayor rigidez de la Constitución que la insustituibilidad (...)”<sup>512</sup>

Las consideraciones de estos primeros fallos fueron reiteradas en las sentencias C-970 y 971 de 2004, donde además la Corte empezó a utilizar la terminología del hoy conocido Juicio de Sustitución, destinado a poder determinar con mayor precisión cuándo una reforma

---

<sup>510</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1200-03. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil.

<sup>511</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1200-03. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil.

<sup>512</sup> *Ibíd.*



constitucional efectivamente sustituye la Constitución. Esto sucedió, en buena parte, gracias a la petición de los demandantes, quienes le plantearon a la Corte su realización. No obstante, esta era una jurisprudencia muy temprana para construir la metodología que se aplica en la actualidad, la cual será ilustrada en las etapas subsiguientes.

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia C-970-04 se demandó nuevamente el Acto Legislativo que introdujo el sistema penal acusatorio, por aparentemente sustituir el principio constitucional de separación de poderes al conferirse al presidente facultades extraordinarias para regular ciertas materias objeto de reserva de ley. Los fundamentos de los cargos de la demanda se estructuraron sobre el precedente establecido en la C-551-03, en virtud de la cual la Corte tiene competencia para controlar los actos reformativos de la Constitución, expedidos por poderes constituidos que hayan excedido sus competencias.

En cuanto a la aplicación de la DSC, la Corte aclara que este tipo de cargo “(...) conlleva la necesidad de establecer si las condiciones fijadas en el Acto Legislativo para el ejercicio de facultades extraordinarias legislativas por el presidente de la República representan una modificación de tal magnitud que equivalga a reemplazar el principio de separación de poderes consagrado en la Constitución de 1991 por uno integralmente diferente.”<sup>513</sup>

Para esta ocasión, la Corte concluyó que el principio de separación de los poderes no se ve reemplazado por uno distinto, pues resulta “(...) compatible con la filosofía y espíritu de la Constitución, que en el Acto Legislativo No. 03 de 2002, se hubiesen otorgado facultades extraordinarias legislativas al Gobierno para asegurar la plena realización del sistema penal acusatorio”.<sup>514</sup> Desde este fallo hacia adelante se observará cómo el concepto de sustituir la Constitución, que era considerado como absoluto o totalizador, cambia hacia la posibilidad de la sustitución parcial de un principio puntual de la Constitución.

Con relación a la sentencia C-971-04, la cual estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Parágrafo Transitorio del Artículo 3 del Acto Legislativo No. 01 de 2003 “por el cual se adopta una reforma política constitucional y se dictan otras disposiciones”, la Corte afirmó que se encuentra limitada para examinar únicamente los vicios de procedimiento en su formación según lo dispuesto en los Artículos 241.1 y 379 constitucionales. No obstante, en virtud de la doctrina de la Sustitución de la Constitución introducida en la C-551-03 y reiterada en la C-1200-03, “(...) tiene competencia para examinar

---

<sup>513</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-970-04. MP: Rodrigo Escobar Gil. Fundamento No. 5.2.3

<sup>514</sup> *Ibíd.*

los vicios en razón de la competencia del poder de reforma cuando su actuación comporte una sustitución de la Constitución”.<sup>515</sup>

En virtud de lo anterior, la Corte realiza el recién creado Juicio de Sustitución, y concluye que la reforma constitucional no sustituye la Constitución ya que “(...) no se sustituye el modelo de régimen político, ni la forma de organización política, ni el conjunto de los valores y principios políticos en que se funda la Constitución de 1991, entre los cuales es especialmente pertinente el principio de separación de poderes (...)” el cual no viene reemplazado “(...) por uno diferente, sino que establece una excepción, puntual, en condiciones armónicas con el principio de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que lo hacen efectivo”.<sup>516</sup>

En esta primera etapa de estructuración local de la doctrina, fue determinante lo resuelto en la sentencia C-1040-05 que estudió la reforma constitucional que permitió la reelección presidencial en Colombia, hasta ese momento prohibida por la Constitución. En este caso la Corte realizó un juicio formal sobre los vicios de procedimiento en su formación, tal y como lo ordena expresamente la Constitución, pero a su vez, un juicio de fondo o de sustitución, para determinar si se reemplazaban los principios o pilares básicos del Estado al permitirse un segundo mandato presidencial inmediato.

De nuevo en este fallo, se afirma que según lo dispuesto en los Artículos 241.1 y 379 constitucionales, la Corte sólo se encuentra facultada para examinar los vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales. Sin embargo, en virtud de una interpretación sistemática de estas disposiciones, que se ha venido realizando en las sentencias C-551-03, C-1200-03 y C-970, 971-04, la Corte llegó a la conclusión de que, si bien no existen cláusulas pétreas en la Constitución, tampoco existe la competencia de los poderes constituidos para reemplazarla o sustituirla. En este sentido, “(...) la Corte tiene competencia para examinar los vicios en razón de la competencia del poder de reforma cuando su actuación comporte una sustitución de la Constitución”.<sup>517</sup>

Otro aspecto primordial de esta sentencia es la estructuración de la metodología para aplicar el llamado Juicio de Sustitución de la Constitución, que luego seguirá siendo utilizada

---

<sup>515</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-971-04. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Fundamento No. 1 de las Consideraciones.

<sup>516</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-971-04. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Fundamento No. 5.1 y 5.2.3 de las Consideraciones.

<sup>517</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1040-05. MP: Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento No. 7.10.1

por la Corte en fallos posteriores.<sup>518</sup> Se aplica a través de tres pasos que parten de identificar una premisa mayor, constituida por un principio o entidad esencial de la Constitución, el cual es definido por la Corte en cada caso: 1) se valora si la reforma bajo control introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; 2) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente previamente identificado por la Corte; y 3) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar si son totalmente incompatibles.<sup>519</sup>

En cuanto al caso en concreto, concluye que el Acto Legislativo No. 02 de 2004, por medio del cual se reforma la Constitución para permitir la reelección presidencial, no incurrió en vicios de procedimiento en su formación, como tampoco sustituye la Constitución por no reemplazarse la forma de Estado, ni el sistema de gobierno, así como el régimen político establecido en 1991. Agrega que, al ser la sustitución de la Constitución, un concepto en construcción e incompleto, el cual se ha venido decantando en las sentencias C-1200 de 2003, C-572, C-970 y C-971 de 2004, no puede considerarse que toda reforma constitucional implique una sustitución de la Constitución.

Por último, en cuanto a los elementos esenciales o estructurales que definen a la Constitución colombiana de 1991, en esta primera etapa pueden evidenciarse reiteradamente el principio separación y equilibrio de poderes. De igual forma se observa un debate al interior de la Corte sobre si el concepto de sustitución de la Constitución es total o puede ser también parcial en un aspecto determinado.

### **1.3.2 Segunda etapa de evolución: el afianzamiento de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2006-2012)**

---

<sup>518</sup> Así se confirma en la última sentencia expedida por la Corte Constitucional al respecto. Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-198-20. MP. Luis Guillermo Guerrero.

<sup>519</sup> Ya desde la sentencia C-970-04, la Corte Constitucional había expuesto por primera vez los elementos básicos del *test de sustitución*, que luego ratificó y dio aplicación en la sentencia C-1040-05: “El juicio de sustitución comporta la aplicación de un método en tres etapas específicas, las cuales lo distinguen del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución. Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución de los otros dos mencionados, residen en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, en el juicio de sustitución no se verifica si existe una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni se registra si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad-, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1040-05. MP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. Fundamento No. 7.10.1

Una segunda etapa de evolución, muestra que las sentencias posteriores a la C-1040-05, terminaron por afianzar o consolidar la aplicación de la DSC en Colombia, a través del conocimiento de casos muy representativos como lo fueron el ingreso a la carrera administrativa por concurso público y su regulación; la segunda reelección inmediata; el principio de sostenibilidad fiscal; el régimen de conflicto de intereses de los Congresistas; y el marco jurídico para la paz, para los cuales resultó determinante la aplicación de esta doctrina.

Asimismo, en esta segunda etapa se fueron definiendo con mayor precisión los elementos característicos del denominado Juicio de Sustitución. Entre las sentencias que afianzaron la aplicación de esta doctrina se encuentran la C-588-09, C-141-10, C-249-12, C-288-12, C-1056-12, y C-579-13, cuyo análisis concreto se expone a continuación.

En la sentencia C-588-09 se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1 del Acto Legislativo No. 01 de 2008 “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, y que permitiría a la Comisión Nacional del Servicio Civil durante un periodo de tres años, inscribir de forma extraordinaria a la carrera administrativa sin necesidad de concurso público, a los servidores públicos en provisionalidad o por encargo. A consideración del demandante, este Acto sustituía un pilar básico de la Constitución como lo es el mérito para acceder a los cargos públicos y a la carrera administrativa.<sup>520</sup>

Toda vez que el demandante formuló cargos exclusivos de vicios de competencia por sustitución de la Constitución, la Corte realizó un Juicio de Sustitución el cual dejó como resultado que la carrera administrativa es un pilar básico de la Constitución, y que el concurso público es la regla general que debe seguirse para ingresar a ella. En consecuencia, se declaró inexecutable en su totalidad el Acto demandado y se reiteró el precedente jurisprudencial establecido sobre la aplicación de la referida doctrina.

Por otro lado, una de las sentencias más conocidas y emblemáticas en relación con la aplicación de la DSC, es la C-141-10 que controló la constitucionalidad de la Ley 1354 de 2009 que pretendía convocar a un referendo de iniciativa popular, para modificar el Art. 197 constitucional y así permitirle al expresidente Álvaro Uribe Vélez el ejercicio de un tercer periodo presidencial continuo. En este fallo se afirma que la doctrina de la Sustitución de la Constitución es una nueva línea jurisprudencial creada desde la C-551-03, cuyo objeto es establecer límites competenciales a los poderes de reforma a pesar de no existir cláusulas pétreas o de intangibilidad.

---

<sup>520</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-588-09. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

No obstante, la Corte consideró que la Ley que convocaba al referendo, resultaba inexecutable por vicios de trámite en su formación y no vio la necesidad de aplicar esta doctrina. Sin embargo, esto no impidió que se pronunciara sobre la eventual sustitución de la Constitución que pudo haber desentrañado un tercer periodo consecutivo por parte del presidente de la República en ejercicio, y los posibles principios constitucionales intangibles o definitorios que podrían reemplazarse.

Frente a este punto, la Corte determinó que un tercer periodo presidencial hubiese sustituido el régimen de gobierno vigente; la forma republicana de Estado; el principio de separación y equilibrio de poderes; el principio democrático; entre otros ejes estructurales de la Constitución Política. Esta categorización de principios y ejes estructurales se sumó a la identificada por la C-1040-05 sobre la prevalencia del mérito en la carrera administrativa, y sirvió a la Corte para que, en jurisprudencia posterior, para realizar Juicios de Sustitución.<sup>521</sup>

Tal es el caso de la sentencia C-249-12 que examinó una demanda de inconstitucionalidad en contra el Acto Legislativo No. 04 de 2011, “Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia”, el cual reformó el Art. 125 de la Constitución, con el fin de homologar las pruebas de conocimiento establecidas, con la experiencia de los servidores públicos que estuviesen en encargo o provisionalidad por cinco años o más. Los demandantes alegaron que dicha reforma sustituía temporal y parcialmente varios de los pilares básicos de la Constitución, como el principio del mérito; la igualdad; y la vocación de permanencia y universalidad de los principios constitucionales.<sup>522</sup>

Luego de reafirmar la aplicabilidad de la DSC en este caso en concreto, la Corte procedió a realizar un Juicio de Sustitución que terminó por declarar inexecutable el Acto demandado, al considerar que en efecto el sustituía “(...) parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales”.<sup>523</sup> Es por ello, que luego de esta sentencia, se constituyeron como principios estructurales definitorios de la Constitución, el mérito, la igualdad y la carrera administrativa como regla general.

El mismo año se expide la sentencia C-288-12 encargada de estudiar la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 3 de 2011 “por el cual se establece el principio de

---

<sup>521</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-141-10. MP. Humberto Sierra Porto. Fundamento 6.3.7

<sup>522</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-249-12. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Fundamento No. 1.6

<sup>523</sup> *Ibíd.* Fundamento 6.1.25.

sostenibilidad fiscal”, tras una demanda que formuló cargos por sustitución de la Constitución. En la demanda se afirmaba que dicho Acto reemplazaba la cláusula de Estado Social de Derecho, el principio de separación de poderes y la primacía de los derechos fundamentales, como aspectos estructurales del modelo constitucional vigente.

En lo que atañe al principio de separación de poderes, la Corte consideró que el Acto Legislativo no sustituía la Constitución, toda vez que la sostenibilidad fiscal no podía ser considerada como un verdadero principio constitucional, sino como una herramienta o instrumento para alcanzar los presupuestos del Estado Social de Derecho, y a su vez, que permitía a través del incidente de impacto fiscal, generar una interlocución entre los distintos poderes públicos para lograr los fines del Estado. Asimismo, que no se “(...) usurpa la función judicial, pues se limita al debate en sede judicial de los efectos de las sentencias que profieren las altas cortes, y no de las decisiones que protegen derechos, las cuales están cobijadas por los efectos de la cosa juzgada y son, por ende, inmodificables”.

A pesar de no declararse inconstitucional esta reforma por sustituir la Constitución, este fallo es importante porque realiza un Juicio de Sustitución donde se tienen en cuenta los ejes estructurales definitorios de la Constitución que la Corte ha ido definiendo en su jurisprudencia.<sup>524</sup>

Situación distinta ocurrió con la sentencia C-1056-12 que estudió varias demandas de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2011, “por el cual se adiciona el párrafo del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia” y que pretendía legitimar la actuación de los congresistas que participaran en el trámite de reformas constitucionales estando incurso en situaciones de conflicto de interés, al liberarlos de consecuencias sancionatorias.

La Corte concluye que el Acto Legislativo demandado sustituye la Constitución toda vez que el Congreso se extralimitó en sus competencias en los siguientes puntos: “i) garantiza la no sanción de los conflictos de interés en el trámite de los actos legislativos, lo que configura un grave comportamiento contrario a los principios constitucionales; ii) desvirtúa e inutiliza un aspecto o causal de la institución de la pérdida de investidura, mecanismo por excelencia para luchar por la depuración de las costumbres políticas dentro del marco axiológico establecido por la Constitución de 1991, y iii) permite la fácil expedición de otros actos legislativos a través

---

<sup>524</sup> *Ibíd.*

de los cuales se lesionaría la separación de poderes y podrían desmontarse e inutilizarse varias otras importantes instituciones de la carta política”.<sup>525</sup>

No obstante su resultado de exequibilidad, esta sentencia sirvió para incluir nuevos principios estructurales definitorios de la Constitución, tales como el principio democrático, la prevalencia del interés general y la eficacia de la sanción de pérdida de investidura, que suman a los ya identificados en las sentencias anteriores, tales como la separación y equilibrio de poderes; el concepto de Estado democrático; el sistema de pesos y contrapesos; el principio de igualdad y el mérito como factor de ingreso a la carrera administrativa; la prevalencia del interés general, y la moralidad pública.

Por último, la identificación de estos ejes o principios estructurales de la Constitución, permitieron que, desde los inicios de esta segunda etapa, la Corte sostuviera la tesis de la sustitución parcial de la Constitución, y no total como inicialmente fue contemplado. Es decir, que, además de poder materializarse una sustitución completa de la Constitución, también es viable la sustitución parcial de uno o varios de los ejes o principios mencionados.

### **1.3.3 Tercera etapa de evolución: entre la ampliación y la autorestricción del alcance de la doctrina de la Sustitución de la Constitución (2013-2021)**

En esta tercera etapa es posible constatar una jurisprudencia constitucional que ya cuenta con diez años de decantamiento y aplicación de la DSC, la cual, además de ser acogida y aceptada por la Corte, ha ido caracterizándose a partir de los casos en concreto. No obstante existir posturas en contra de su aplicación al interior de este Tribunal, ha existido una mayoritaria reiteración del precedente establecido en la sentencia C-551-03, descrito en etapas anteriores.<sup>526</sup>

Asimismo, se puede observar una particular evolución que se ha debatido entre la ampliación del alcance de esta doctrina, y la restricción de su aplicación. Por un lado, las

---

<sup>525</sup> Colombia. Corte Constitucional. sentencia C-1056-12. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Fundamento No. 8.

<sup>526</sup> En los siguientes Salvamentos de Voto, los distintos magistrados de la Corte Constitucional han expresado su desacuerdo con la aplicación de la DSC para el caso en concreto objeto del fallo, y en algunas ocasiones de forma generalizada. Ver, por ejemplo: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-816-04. SV. Manuel José Cepeda; sentencia C-1040-05. SV. Humberto Sierra Porto; sentencia C-588-09. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio Gonzalez Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt, Humberto Sierra Porto; sentencia C-141-10. SV. Mauricio Gonzalez Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt, Humberto Sierra Porto; sentencia C-397-10. SV. Mauricio Gonzalez Cuervo, María Victoria Calle, Jorge Ignacio Pretelt; sentencia C-249-12. SV. Luis Ernesto Vargas, Mauricio Gonzalez, Jorge Ignacio Pretelt, Humberto Sierra Porto; sentencia C-1056-12. SV. Mauricio Gonzalez Cuervo, Luis Guillermo Guerrero, Alexei Julio Estrada, Jorge Ignacio Pretelt; sentencia C-740-13. SV. Mauricio Gonzalez Cuervo, Luis Guillermo Guerrero, Jorge Ignacio Pretelt, Alberto Rojas Ríos; sentencia C-285-16. SV. Alejandro Linares Cantillo, Alberto Rojas Ríos.

sentencias C-579-13, C-577-14, C-699-16, C-332-17 y C-630-17, han ampliado su alcance al realizar juicios de ponderación entre principios o ejes estructurales de la Constitución, considerados anteriormente como esenciales, inmutables o insustituibles, para darle prevalencia a unos sobre otros, y de esta manera, establecer una interpretación condicionada de las reformas constitucionales. Estos casos obedecieron a las demandas interpuestas en contra de las reformas que regularon e implementaron el proceso de paz en Colombia.

No obstante, dentro de este primer grupo deben también destacarse las sentencias C-285-16 y C-373-16 que realizaron el control de constitucionalidad sobre la denominada reforma de “equilibrio de poderes y reajuste institucional” del año 2015, la cual realizó importantes modificaciones al sistema de gobierno y administración judicial, así como a las competencias de la Corte Constitucional, y el mecanismo de investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales.

Por otro lado, en las sentencias C-053 de 2016, C-084 de 2016, C-261 de 2016 y C-076-18, se ha venido fomentando la aplicación del principio de *self restraint* o de la autocontención judicial, que debe tener la Corte Constitucional en aplicación de esta doctrina, dadas sus particularidades, y las tensiones que se generan con los otros poderes públicos. En síntesis, este principio invita a que los jueces no se pronuncien sobre las preguntas políticas o sin carácter jurídico; y a su vez, sobre aquellos temas que se encuentran por fuera de su órbita competencial.<sup>527</sup>

En cuanto a las sentencias que han ampliado el alcance de la DSC, se encuentra en primer lugar la C-579-13. En este caso se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, o mayormente conocido como el “marco jurídico para la paz”. A juicio de los demandantes, se sustituía un pilar fundamental de la Constitución Política, como

---

<sup>527</sup> Citando a Posner, la Corte afirma que este principio se caracteriza por: “(i) la identificación de las posibles consecuencias institucionales que podría traer el ejercicio de un poder judicial excesivo; (ii) el funcionario jurisdiccional no admitirá que sus decisiones se produzcan con el fin de posicionar sus posturas políticas; (iii) el juez debe ser cauteloso y prudente en sus providencias cuando en ellas se discutan sus posiciones personales y políticas; (iv) el funcionario judicial debe evitar los fallos que impliquen creación de derecho o normas de rango constitucional; y (v) el juez debe ser consciente de las competencias que la Constitución asignó y su papel en el sistema político del Estado. Así mismo, debe respetar las otras ramas del poder público”. Para profundizar en los orígenes y características del principio de Self-Restraint o de autocontención judicial, ver: THAYER, J. The origins and the scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, 7 (1893), pp. 129-156; POSNER, R. The meaning of judicial self-restraint, *Indiana Law Journal*, Vol. 59, No. 1, 1983; POSNER, R. *The meaning of judicial self-restraint*. University of Chicago Law School. Journal Articles, 1983; BARNETT, V. *Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint*. The Michigan Law Review Association. 1940, Vol 39, No. 2; ROCHER, J. Judicial Self-Restraint, *American Political Science Review*, 1955, pp. 762-772.



lo es el deber del Estado Colombiano de garantizar los derechos humanos persiguiendo, juzgando y sancionando a todos los responsables que hubiesen cometido delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.<sup>528</sup>

En este fallo, la Corte realiza por primera vez una ponderación entre principios constitucionales a través del Juicio de Sustitución, tales como “(...) la paz y la reconciliación, y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición”.<sup>529</sup> Lo anterior amplió el alcance de la DSC, al no darse una confrontación entre premisas mayores y menores como se venía realizando en la última década de aplicación, sino entre dos ejes axiales insustituibles o premisas mayores, de los cuales habría que dar prevalencia a uno de ellos sin que eso significara una sustitución del otro.

Al respecto, la Corte concluyó que no se sustituía la Constitución, y que el Acto demandado era exequible, toda vez que, “(...) para alcanzar una paz estable y duradera es legítimo adoptar medidas de justicia transicional, como los mecanismos de selección y priorización”.<sup>530</sup> De igual forma consideró que es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, donde se persiga a los máximos responsables, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, lo que garantiza el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia.

Como puede observarse, el resultado al que llegó la Corte en este caso fue el de la exequibilidad del Acto Legislativo demandado. No obstante, el mismo fue fruto de una ponderación entre principios o ejes axiales de la Constitución, que llevaron al Tribunal a declarar una constitucionalidad condicionada a determinada interpretación. Por ello, y a partir de este momento, las ya conocidas sentencias Interpretativas se hicieron también extensivas a las que hacían control sobre las reformas constitucionales. Otro fallo de este tipo puede encontrarse en la C-577-14 que se atuvo a lo resuelto en la C-579-13.<sup>531</sup>

Asimismo, sucedió en la sentencia C-699-16, encargada de estudiar una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 (parciales) del Acto Legislativo 01 de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la

---

<sup>528</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-579-13. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fundamento No. 5.1.2

<sup>529</sup> *Ibíd.*

<sup>530</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-579-13. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Fundamento No. 9.4, 9.5

<sup>531</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-577-14. MP. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.<sup>532</sup>

A consideración del demandante el Congreso de la República se extralimitó en su ejercicio del poder de reforma y sustituyó el principio de constitucional de la separación de poderes, al conferir facultades extraordinarias de modo transitorio al presidente de la República sobre materias imprecisas relacionadas con el Acuerdo de Paz. Para fundamentar los cargos, el demandante citó la sentencia C-170 de 2012, la cual afirmó que al hacerse una delegación legislativa no específica se sustituye la Constitución al reemplazarse este principio.

No obstante, la Corte concluyó que con la expedición del Acto demandado el Congreso de la República no sustituía el principio de separación de poderes como pilar básico de la Constitución, por las siguientes razones. En primer lugar, porque dicho Acto requería de refrendación popular; adicionalmente, su Art. 2 contempló garantías suficientes para evitar que el Congreso se viera privado de su competencia legislativa; y tres, porque la norma demandada se limitaba a habilitar, en tiempo y materias, al presidente de la República para ejercer facultades extraordinarias para “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo” del acuerdo final.

Además de lo anterior la Corte agregó que, no se suprimían los controles inter orgánicos que preservaban el equilibrio entre los poderes públicos y aseguraban la supremacía constitucional, toda vez que los decretos ley que se profirieron a causa del Acto demandado tenían control constitucional automático, posterior e integral en su sede.<sup>533</sup>

Para llegar a este resultado, la Corte reiteró los planteamientos esgrimidos en la sentencia C-579-13, sobre la ponderación que debe realizarse entre ejes axiales o esenciales de la Constitución, en tratándose de la transición de la guerra a la paz, y de todos los instrumentos jurídicos necesarios a implementar para lograr una paz estable y duradera. Por su extensión e importancia, la cita expresa se transcribe a nota de pie de página.<sup>534</sup>

---

<sup>532</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699-16. MP. María Victoria Calle Correa.

<sup>533</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699-16. MP. María Victoria Calle Correa. Fundamento No. 66.

<sup>534</sup> “El contexto de transición y el objetivo constitucionalmente imperioso de lograr la paz han sido considerados en otras ocasiones por la Corte para precisar los contornos de los elementos que definen la identidad de la Constitución. En la sentencia C-579 de 2013, por una parte, la Corte debía resolver una demanda contra el Acto Legislativo 1 de 2012, que contemplaba provisionalmente, entre otros instrumentos de transición, la facultad del legislador para establecer criterios de selección que permitieran centrar los esfuerzos de investigación penal en los *máximos responsables* de los crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos *de manera sistemática*, y autorizar la renuncia condicionada a la persecución penal de todos los casos no seleccionados. Esa reforma fue cuestionada sobre la base de una supuesta sustitución del elemento de la identidad de la Constitución expresado en el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger

Planteamientos similares pueden encontrarse en la sentencia C-332-17, la cual resolvió una acción pública de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 01 de 2016, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, por presuntamente sustituir el principio constitucional de la separación y el equilibrio de los poderes públicos.<sup>535</sup>

Los demandantes alegaban que al introducirse el mecanismo de aprobación rápido o reducido denominado “fast track”, bajo el cual el Congreso debía expedir los Actos Legislativos bajo las mismas exigencias de una ley ordinaria, y sin realizar cambios a los proyectos presentados por el Gobierno Nacional, se sustituían los pilares básicos de la Constitución al hacerse nugatoria su participación y deliberación como órgano representativo y democrático.

Luego de realizado el Juicio de Sustitución que ponderó ejes constitucionales estructurales, la Corte declaró inexecutable los literales h) y j) del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2016, por considerar que sustituían “(...) las competencias deliberativas y decisorias del Congreso como núcleo mínimo de su autonomía, presupuesto para la separación e independencia de los poderes públicos, (...) en la medida en que desvirtúan las competencias de deliberación y de eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el núcleo esencial de la función legislativa. Estas enmiendas a la Constitución también implican un desbalance en el equilibrio e independencia entre los poderes públicos, a favor del ejecutivo y en desmedro de las prerrogativas propias del Congreso en una democracia constitucional”.<sup>536</sup>

La ampliación del alcance de la DSC también puede observarse en este fallo, en la propuesta que hizo la Corte sobre la modificación del test o juicio de sustitución en diversos grados o intensidades, en función de si los contenidos de una determinada reforma constitucional guardan o no relación con la consecución de la paz. Concretamente afirmó que:

---

y garantizar los derechos de los integrantes de la sociedad y de las víctimas. Esencialmente era, como se observa, una reivindicación del principio de justicia. La Corte advirtió que se trataba efectivamente de una medida de justicia transicional, estatuida en el artículo transitorio 66 de la Constitución Política. Sostuvo sin embargo que, por enmarcarse en un proceso de transición hacia la paz, el pilar invocado se expresaba –en términos que recogió del Centro Internacional de Justicia Transicional como “una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos”. Señaló entonces que para garantizar la paz era preciso permitir la celebración acuerdo de reconciliación “lo cual exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial sin desconocer las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, sino permitiendo que se cumplan de manera especial”.” (Cursiva y subraya dentro del texto). Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-699-16. MP. María Victoria Calle Correa. Fundamento No. 35 y ss.

<sup>535</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-322-17. MP. Antonio José Lizarazo.

<sup>536</sup> *Ibíd.*

“La introducción de un test de razonabilidad enriquecería y dotaría de una mayor fuerza argumentativa y legitimidad al ejercicio del control judicial sobre los vicios de competencia”.<sup>537</sup>

De igual forma, consideró que, en tratándose de determinar la constitucionalidad de los instrumentos jurídicos que pretenden implementar y alcanzar una paz estable y duradera, no podrían ser objeto de un test estricto de sustitución de la Constitución, ya que los principios o ejes axiales que los sustentan deben prevalecer transitoriamente sobre los demás que han sido identificados gradualmente por la Corte en su jurisprudencia.<sup>538</sup>

Por último, también se encuentra la sentencia C-630-17, que realizó el control de constitucionalidad automático del Acto Legislativo 02 de 2017 “por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.<sup>539</sup>

La Corte dividió el examen en dos partes: una donde analizó los vicios de procedimiento en la formación del mencionado Acto Legislativo; y otra donde analizó los vicios de competencia por sustitución de la Constitución. En esta segunda parte en particular, la Corte volvió a realizar una ponderación entre principios o ejes axiales de la Constitución como lo son la búsqueda de la paz, el principio democrático, la supremacía constitucional y la separación de poderes, por un lado, y los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como parámetros obligatorios para todas las autoridades del Estado y las interpretaciones que hagan del Acuerdo de Paz, con el fin de darle estabilidad y seguridad jurídica, por el otro.

Al respecto concluyó que, el Acto Legislativo demandado no sustituía la Constitución, toda vez que pretendía alcanzar la paz y afianzar la cesación definitiva del conflicto armado interno y su no repetición. Dicho Acto tampoco sustituía los principios constitucionales a la separación de los poderes públicos, la supremacía constitucional, y los principios democráticos y de legalidad. Al igual que las anteriores decisiones relacionadas con las reformas que han pretendido implementar el Acuerdo de Paz en Colombia, esta se caracterizó por dar prelación a unos ejes axiales esenciales sobre otros, sin que ello implicara una sustitución parcial o total de la Constitución.

---

<sup>537</sup> *Ibíd.*

<sup>538</sup> *Ibíd.*

<sup>539</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-630-17. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo.

De otro lado, en este primer grupo no es posible excluir o dejar de analizar las sentencias C-285-16 y C-373-16. Ninguna de ellas estudió la constitucionalidad de los instrumentos jurídicos que han pretendido alcanzar e implementar el proceso de paz, pero pueden ser calificadas también como amplificadoras de la DSC al estudiar la denominada reforma de “equilibrio de poderes y reajuste institucional”, que reformó temas tan sensibles como el sistema de gobierno y administración judicial; las competencias de la Corte Constitucional; y el mecanismo de investigación y juzgamiento de los aforados constitucionales.<sup>540</sup>

La primera de ellas estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, los cuales se referían a un nuevo esquema de gobierno y administración judicial, que reemplazaría al Consejo Superior de la Judicatura por un Consejo de Gobierno Judicial y una Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Los cargos planteaban una sustitución de los pilares básicos de la Constitución, que definían la independencia y el autogobierno de la Rama Judicial, y la no intromisión de los demás poderes públicos en la regulación de estos. La Corte procedió a realizar un juicio de sustitución para resolver el caso, el cual dio como resultado la declaratoria de inexecutable de los artículos demandados, por sustituir el modelo de autogobierno judicial creado por la Constitución de 1991, considerado como un eje estructural o axial de la misma.<sup>541</sup>

La segunda sentencia, por su parte, estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 2º, 5º, 7º, 8º, 9º, 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 26 del mencionado Acto Legislativo No. 02 de 2015. En relación los artículos 2º (parcial), 5º, 7º, 8º, 9º (parcial) y el párrafo transitorio 1º del artículo 19, se planteó que su contenido sustituía “(...) los principios del Estado de Derecho, la separación de poderes y el equilibrio entre los poderes públicos, el sistema de frenos y contrapesos, el derecho fundamental al debido proceso y los principios que deben orientar la función pública”, toda vez que se creaba una Comisión de Aforados que no pertenecía a ningún poder público y que estaría encargada de juzgar los altos funcionarios del Estado por sus faltas disciplinarias y comisión de delitos.<sup>542</sup>

---

<sup>540</sup> Estas sentencias pueden estudiarse a profundidad en OTERO, I. *El control de constitucionalidad efectuado a la reforma del equilibrio de poderes y el reajuste institucional: una aproximación a la ilegitimidad que ostenta el Legislativo frente al poder judicial*, en PADRÓN, F., CORREA, M. *¿El Estado Constitucional en Jaque? Tomo IV*. Universidad Externado de Colombia. 2018. Págs. 337-381

<sup>541</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-285-16. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>542</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-373-16. MP. Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Corte realiza un Juicio de Sustitución frente a los cargos planteados, concluyendo que el Congreso de la República desconoció sus límites competenciales para reformar la Constitución y produjo un nuevo régimen de suspensión, remoción y sanción de los magistrados de las altas cortes y del Fiscal General de la Nación que resulta incompatible con los fines que perseguía el Acto Legislativo, a efectos de asegurar la independencia de la Rama Judicial, toda vez que el nuevo esquema elimina el antejuicio político en el Congreso, vulnera el derecho al debido proceso y la autonomía misma del poder judicial, como ejes esencial de la Constitución.

Por otro lado, en el segundo grupo de esta tercera etapa de evolución se encuentran algunas sentencias que consideraron no declarar la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por sustitución de la Constitución, y que, a su vez, han promovido el principio del *self restraint* o de autocontención judicial en tratándose de aplicar la DSC, de acuerdo con lo establecido en los Artículos 241 y 379 constitucionales. En primer lugar, se encuentra la C-053-16 que estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 02 de 2015 “*por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones.*”<sup>543</sup>

En esta demanda se establecieron cargos por sustitución de la Constitución, contra varias disposiciones del mencionado Acto Legislativo que, entre otras cosas, crearon nuevas competencias para la Corte Constitucional; y eliminaron el Consejo Superior de la Judicatura con la finalidad de escindir el sistema de gobierno y administración judicial, con las facultades jurisdiccionales disciplinarias. Los demandantes alegaban una sustitución de los principios de separación de poderes; supremacía constitucional; democrático e igualdad, considerados por la jurisprudencia como ejes axiales o definatorios de la Constitución.

Al respecto, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda, ya que los cargos de sustitución de la Constitución no se encontraban bien fundamentados. La Corte llega a esta decisión, fruto de entender que, al ser la DSC de aplicación excepcional, debe ser mucho más restrictiva en dar paso a su aplicación reiterada. Así lo expresó: “La declaración de esta Corporación, afirmando que un acto legislativo constituye una sustitución, debe someterse a estrictas condiciones que hacen de esta hipótesis

---

<sup>543</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-053-16. MP. Alejandro Linares Cantillo.

un evento excepcional, donde debe primar la prudencia y la autocontención (*self restraint*) del Tribunal Constitucional”.<sup>544</sup>

La aplicación de la autocontención o del principio del *self restraint*, se fundamenta según la Corte en que la DSC plantea (i) dificultades interpretativas para definir qué se entiende por un “eje axial o definitorio de la Constitución, toda vez que se construye en cada caso en concreto; (ii) limita el poder de revisión de constitucional de los actos expedidos por el Congreso de la República como órgano elegido democráticamente; y (iii) en que la Constitución ordena “estricta y precisamente” que se realice el control de constitucionalidad establecido en el artículo 241.1 de la Constitución, atinente al juzgamiento exclusivo de los vicios de procedimiento en su formación.<sup>545</sup>

Asimismo, se consideró en la sentencia C-084-16, que estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No. 01 de 2015 que reformó el Art. 221 constitucional sobre la jurisdicción penal militar. Los demandantes consideraron que el Congreso excedió su competencia de reforma y sustituyó al menos tres ejes definitorios de la Constitución: “(i) la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, (ii) el principio de autonomía judicial como manifestación del principio de separación de poderes, y (iii) el principio de igualdad ante la ley”.<sup>546</sup>

Luego de reiterar su competencia para pronunciarse sobre cargos de sustitución de la Constitución, la Corte resolvió que el Congreso no se había extralimitado en sus competencias de reforma constitucional, y que el Acto Legislativo expedido “(...) no tiene la entidad para subvertir el eje definitorio *deber de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos*, por cuanto dicho ámbito judicial, será justamente el escenario en el que se pueden efectivizar algunas dimensiones del pilar fundamental mencionado, esto es, la obligación de investigar y juzgar de manera seria e imparcial las graves violaciones a los derechos humanos y las graves

---

<sup>544</sup> *Ibíd.* Fundamento No. 10.

<sup>545</sup> *Ibíd.* Así lo expresó al referirse a la aplicación de la DSC: “(...) (i) plantea dificultades interpretativas especiales asociadas a la definición y aplicación de conceptos tales como “eje definitorio, esencial, axial” o “reemplazo de la Constitución” y (ii) limita el poder de revisión constitucional específicamente asignado al Congreso de la República, órgano democráticamente electo (art. 374), este Tribunal debe ser especialmente prudente. A estas razones, que explican la naturaleza extraordinaria del control, se suma (iii) el hecho de que la Corte debe adelantarlos en los “estrictos y precisos términos” del artículo 241 de la Carta, cuyo numeral 1º dispone que el examen constitucional de los actos que la reforman debe limitarse única y exclusivamente al juzgamiento de los vicios de procedimiento en su formación”.

<sup>546</sup> Colombia. Corte Constitucional. sentencia C-084-16. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

infracciones al derecho internacional humanitario, bajo el principio de complementariedad y convergencia que orienta la aplicación de estos cuerpos normativos”.<sup>547</sup>

En esta decisión se surtió una Aclaración de Voto del Magistrado Alejandro Linares, quien enfatizó sobre el uso excepcionalísimo que debe tener la aplicación de la DSC, exigiendo una alta dosis de auto restricción (*self-restraint*) para la Corte. Esto se debe a que la misma “(i) adolece de problemas de fundamentación; (ii) afecta de manera importante el principio democrático, (iii) limita indebidamente la competencia expresa asignada al Congreso para reformar la Constitución, (iv) desconoce que la aprobación de los actos legislativos está revestida de un trámite que tiene por finalidad asegurar procesos de deliberación y consenso adecuados y (v) atribuye a la Corte Constitucional un poder excesivo que no se desprende del artículo 241 de la Constitución y que la convierte en una instancia adicional del procedimiento de reforma”.

Frente a lo anterior, la Corte agregó que, la aplicación de la DSC es además problemática pues podría convertir a este órgano en uno de carácter ilimitado o absoluto, que escapa a todo tipo de control inter orgánico necesario en un estado democrático, producto de los *checks and balances* o sistema de pesos y contrapesos. Al crearse la Corte, fruto de una Constitución democrática y deliberativa, debe ser a su vez, un poder constituido y limitado, susceptible de control.

De igual forma, el mismo Magistrado Linares en la sentencia C-261-16 volvió a aclarar su voto para llamar la atención de la Corte en el uso excepcional de la DSC y la aplicación del principio del *self-restraint*. Este caso se trató de una demanda en contra el Artículo 232 del Decreto 019 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”. A juicio del demandante, el presidente de la República excedió sus competencias normativas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, y reglamentó aspectos relacionados con la publicidad oficial.<sup>548</sup>

En efecto, la Corte consideró que el presidente había incurrido en un vicio competencial, toda vez que la ley habilitante no lo había legitimado para regular por Decreto Ley la publicidad oficial. Al respecto, el Magistrado Linares critica la extensión del uso de la DSC para el control de constitucionalidad de los Decretos Leyes, cuando fue concebida para

---

<sup>547</sup> *Ibíd.*

<sup>548</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-261-16. MP: Luis Guillermo Guerrero.



los Actos Legislativos expedidos por el Congreso de la República. Agrega que esto deja ver la artificialidad de esta doctrina, que no responde a un parámetro de control claro y objetivo.

Asimismo, sostuvo que, la Corte debe ser en extremo prudente, y auto contenerse en virtud de principio del *self-restraint*, de ampliar el alcance de aplicación de la DSC, toda vez que el constituyente no decidió optar por un control inter orgánico para sus sentencias, sino por una regulación clara y precisa en el Artículo 241 sobre sus competencias para controlar las reformas constitucionales.

Por último, el pronunciamiento más reciente que reiteró las anteriores posiciones de la Corte sobre el principio del *self-restraint* en cuanto a la aplicación de la DSC, fue la sentencia C-076-18. Este fallo estudió y declaró la constitucionalidad del Acto Legislativo No. 05 de 2017, “Por medio del cual se dictan disposiciones para asegurar el monopolio legítimo de la fuerza y del uso de las armas por parte del Estado”.

Para llegar a la decisión, se evaluó la necesidad de realizar un Juicio de Sustitución de la Constitución, con el fin de determinar si el Congreso de la República como poder constituyente constituido, pudo haber extralimitado su competencia para reformar la Constitución y, en consecuencia, sustituirla total o parcialmente. Primero realiza estrictamente el control que le ordenan los Artículos 241 y 379 constitucionales, y concluye que, ante la ausencia de vicios de procedimiento en la formación del Acto Legislativo demandado, y en virtud del principio del *self restraint* o de autocontención, sumado a que no se despertaron mínimas sospechas de que la reforma sustituía total o parcialmente la Constitución, no era necesario realizar el mencionado Juicio de Sustitución.<sup>549</sup>

Lo anterior permite concluir que, la Corte se declara competente para controlar constitucionalmente los Actos Legislativos expedidos por el Congreso de la República tanto por los vicios de procedimiento en su formación, como por los de competencia en aplicación de la DSC. No obstante, cuando los primeros no se presenten por haberse expedido el Acto en debida forma, y en virtud del principio del *self restraint*, sumado a que, de la reforma e

---

<sup>549</sup> Así fue sostenido: “(...) la Corte reiteró su jurisprudencia en relación con los límites competenciales del poder de reforma. A partir de lo anterior, consideró que el constituyente derivado, al adicionar un artículo nuevo a la Constitución Política, cuyo propósito constituye una garantía de no repetición y que, en términos generales, prohíbe la conformación de grupos civiles armados con fines ilegales, no amerita un juicio de sustitución, por cuanto el Congreso de la República no excedió sus competencias en materia de reforma constitucional.” Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-076-18. MP: Alberto Rojas Ríos.

intervenciones presentadas, no se despierte una mínima sospecha de una posible sustitución total o parcial la Constitución, no será necesario realizar el Juicio de Sustitución.

Desde el anterior pronunciamiento, la tendencia a la autocontención se ha mantenido a pesar de no exponerse de manera expresa. Muestra de ello es la sentencia C-140-19, que se pronunció sobre una demanda interpuesta en contra del artículo 5° del Acto Legislativo 01 de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”.

Este Acto reguló la vigencia de dicha reforma constitucional, y a juicio de los demandantes, “(...) el Congreso (i) había vulnerado los principios de consecutividad y unidad de materia en el procedimiento de formación del Acto Legislativo; y, (ii) actuando como constituyente derivado, había excedido su poder de reforma, de modo que se ha presentado una sustitución de la Constitución en diferentes pilares esenciales”, como el principio de separación de poderes; la supremacía constitucional; el deber del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos, y la búsqueda de la paz.<sup>550</sup>

Al respecto, la Corte se declaró inhibida para pronunciarse de fondo respecto de los cargos de sustitución de la Constitución por ineptitud sustantiva de la demanda. Esto quiere decir que, la aplicación del Juicio de Sustitución viene condicionada por una alta carga argumentativa del demandante y la aceptación de esta por parte de la Corte. Si bien esta postura no es novedosa, pues ha venido presentándose a lo largo de la jurisprudencia, si demuestra el uso excepcional o restrictivo que pretende dársele a la DSC.<sup>551</sup>

No obstante, en la reciente sentencia C-140-20, la Corte se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad en contra del Acto Legislativo No. 04 de 2019 “por medio

---

<sup>550</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-245-19. MP. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>551</sup> Así se expresó: “Adicionalmente, aunque la demanda cumple con la estructura formal de un juicio de sustitución de la Constitución, identificando una premisa mayor (supremacía constitucional), una premisa menor (restricción al poder del Congreso para reformar la Constitución) y una conclusión (sustitución del elemento axial supremacía constitucional), no fueron presentadas razones dirigidas a demostrar -con el grado requerido de precisión que se exige cuando se trata de acreditar la existencia de un vicio competencial del Congreso- que un eje definitorio de la Constitución consista en la imposibilidad de someter a refrendación popular la entrada en vigencia de un Acto Legislativo, como tampoco encuentra la Corte un esfuerzo argumentativo encaminado a demostrar cuáles componentes del eje de “supremacía constitucional” estaban siendo sustituidos o anulados con la reforma. En efecto, la argumentación parece ir dirigida a fortalecer el cargo anteriormente analizado sobre la posible sustitución del eje definitorio de la separación de poderes, partiendo de un entendimiento propio de las demandantes, en el sentido de considerar que la negociación y suscripción de acuerdos de paz es una competencia constitucional exclusiva del presidente de la República, por lo que cualquier modificación, afectación o limitación a ello sería inconstitucional”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-245-19. MP. Alejandro Linares Cantillo.

del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”, donde si bien no se declaró inexecutable dicho Acto, si se aplicó el Juicio de Sustitución de la Constitución. El demandante alegaba que “el Congreso de la República excedió su competencia para reformar la Constitución porque el control fiscal preventivo y concomitante adoptado en el Acto Legislativo 4 de 2019 sustituye los pilares esenciales de separación de poderes y control fiscal posterior y selectivo”.<sup>552</sup>

Al realizar el Juicio de Sustitución, la Corte reiteró que el principio de separación de poderes se constituye como un eje axial o estructural de la Constitución, pero no debe interpretarse de forma rígida, sino flexible. Esto implica que, el control fiscal se constituye como una herramienta “(...) eficaz e idónea para la protección del patrimonio público, a través de (i) la verificación del correcto manejo de los recursos públicos y (ii) el establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades”.<sup>553</sup>

En virtud de lo anterior, declaró executable el Acto Legislativo mencionado, que introdujo la posibilidad de que el Control Fiscal se realizará de manera previa y concomitante a la ejecución de los recursos públicos, sin que ello implicara una coadministración. Así lo expresó: “(...) la separación de poderes es un eje fundamental de la Constitución. Este incluye el ejercicio de control fiscal adelantado por la Contraloría General de la República con la finalidad de proteger el patrimonio colectivo y asegurar la moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado”.<sup>554</sup>

#### **1.4 Consecuencias, efectos o implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local**

La materialización del fenómeno de la MIC, tratándose de la incorporación y posterior evolución de la DSC, permite constatar algunas consecuencias, efectos o implicaciones para el ordenamiento constitucional colombiano. Como fue descrito en el Capítulo Primero, a la teoría de la MIC le interesa ir más allá del viaje o la migración de una idea constitucional de un lugar a otro. Resulta importante también determinar cómo se asentó dicha idea en su lugar de destino; qué consecuencias sociales, políticas y jurídicas surgieron; y de qué manera fue su evolución.

---

<sup>552</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-140-20. MP: Luis Guillermo Guerrero.

<sup>553</sup> *Ibíd.*

<sup>554</sup> *Ibíd.*

Por lo anterior, este acápite desea destacar siete ideas centrales que surgen de observar y analizar la evolución y aplicación de la DSC en Colombia. Es necesario señalar que, toda vez no es el objeto principal de estudio de este capítulo, las mismas no se examinan a profundidad sino con el fin de dejarlas en evidencia para que sirvan como punto de partida para futuros trabajos de investigación que sí tengan este propósito. Algunas de ellas han sido ya materialmente destacadas por la doctrina, y otras en cambio, surgen del propio examen de este trabajo.

*1-La protección de la democracia constitucional y del Estado de Derecho.* Ramírez afirma que la evolución y aplicación de la DSC ha sido positiva para Colombia, pues ha contribuido en la salvaguarda la democracia constitucional y los postulados del Estado de Derecho, como el principio de igualdad, la división de los poderes públicos, y el sistema de pesos y contrapesos. Para sustentar su postura, cita como ejemplo el caso de la declaratoria de inconstitucionalidad del referendo que permitía la reelección del presidente Uribe por una segunda vez, y que, a consideración de la Corte, sustituía la Constitución.<sup>555</sup>

Asimismo, lo afirma Tovar, quien explica que la Corte Constitucional como órgano constituido, ejerce la guarda de la Constitución por mandato del constituyente, y en este sentido funge como representante argumentativo del pueblo al limitar los excesos del legislador como lo sería el de sustituir la Constitución. De igual forma, sostiene que la aplicación de la DSC supera la llamada objeción democrática planteada por autores como Waldron, pues su uso es reglado y excepcional.<sup>556</sup>

Esta tesis, puede también apreciarse en autores como Jon Elster, Stephen Holmes y Cass Sunstein, quienes afirman a grandes rasgos, que la “democracia corre peligro de la misma democracia”. Es decir, que las reglas democráticas pueden ser utilizadas en contra de la misma democracia, como valor y pilar del Estado de Derecho, para destruirla. En consecuencia, deben generarse presupuestos que permitan protegerla, y la DSC sería uno de ellos para asegurar lo que se ha denominado la democracia constitucional.<sup>557</sup>

---

<sup>555</sup> RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*. Óp. Cit. Pág. 227-228.

<sup>556</sup> TOVAR, F. *Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente*. Revista Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. No. 12, abril-septiembre 2017. Págs. 73-74.

<sup>557</sup> ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge University Press. 1979. HOLMES, S. and SUNSTEIN, C. ‘*The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*’, *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Sanford Levinson ed., Princeton University Press. 1995. Pág. 275.

2-El denominado “gobierno de los jueces”. La aplicación y evolución de la DSC, ha permitido plantear en Colombia el denominado “gobierno de los jueces” expuesto por Bickel en su obra "The Least Dangerous Branch", quien expuso que la revisión judicial (de EE. UU. en su momento) estaba creando un verdadero gobierno judicial que podría tomar decisiones incluso más regresivas que las que se tomaban en los parlamentos elegidos democráticamente. En consecuencia, algunas decisiones de la Corte Constitucional en aplicación de esta doctrina han hecho nugatorias las competencias de los poderes ejecutivo y legislativo, tales como la C-285-16 y C-373-16 en tratándose de reformar la justicia, por ejemplo. A su vez, este planteamiento puede revisarse a partir de autores como Mark Tushnet y Larry Kramer respectivamente.<sup>558</sup>

3-*Las nuevas sentencias Interpretativas y la Colisión de principios básicos o esenciales.* En el marco de la aplicación de la DSC, la Corte ha expedido varios fallos interpretativos de reformas constitucionales, cuando esta modalidad de sentencias estaba reservada al control de constitucionalidad que de la ley se hacía. Además de esto, las sentencias Interpretativas en el marco del control de las reformas constitucionales, ha generado colisiones entre dos o más principios que previamente habían sido declarados como básicos o estructurales y no susceptibles de ser modificados sustancialmente por medio de una reforma pues se sustituiría la Constitución. Como ya se estudió, dichas sentencias son la C-579-13, C-577-14, C-699-16, C-332-17 y C-630-17.<sup>559</sup>

4-*Nuevas competencias no contempladas inicialmente en la Constitución.* Autores como Moreno, sostienen que en uso de la DSC la Corte Constitucional no ha justificado cuál es norma jurídica derivada del artículo 241.1 que le da competencia para realizar el control de las reformas constitucionales por vicios de competencia. En otras palabras, se ha planteado que la Corte no sería competente para realizar este control. Esto quiere decir, que en razón al fundamento jurídico No. 28 de la sentencia C-551-03, que introdujo la doctrina de la “Estructura Básica”, la Corte se dio una nueva competencia para realizar este tipo de control

---

<sup>558</sup> BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis; New York: 1962; TUSHNET, M. *Taking the Constitution away from Courts.* Princeton University Press. 2000; KRAMER, L. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.* Oxford University Press. 2005.

<sup>559</sup> RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy.* Óp. Cit. Pág. 227.

no contemplado inicialmente en la Constitución, y hasta el día de hoy, no ha sido justificado en ninguna norma jurídica.<sup>560</sup>

*5-La extinción de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano Legislativo y afectación del principio de separación de poderes.* Otero, García y Gnecco, sostienen que, de la incorporación, aplicación y evolución de la DSC en Colombia, se ha eliminado materialmente el poder de reforma constitucional en cabeza del órgano Legislativo. Su argumento principal se basa en establecer que la Corte no ha podido definir con parámetros objetivos lo que puede reformarse y cuál sería el límite con la sustitución. Por el contrario, recurre a su libre apreciación para establecer los llamados “ejes definatorios” de la Constitución, lo que hace nugatorio que el Congreso pueda ejercer su poder de reforma.<sup>561</sup>

*6-Creación de cláusulas pétreas o de intangibilidad que la Constitución no dispuso.* Según Ramírez, la incorporación y utilización de la DSC, ha tenido como efecto la creación de verdaderas cláusulas pétreas en la Constitución, como lo son, de modo enunciativo, los derechos fundamentales y el principio de separación de los poderes que no admitirían una reforma constitucional de fondo.<sup>562</sup> Esto también ha generado, en palabras del ex-magistrado de este Tribunal, Humberto Sierra Porto, a la petrificación del ordenamiento jurídico.<sup>563</sup>

*7-Fortalecimiento de la juristocracia.* Según Hirschl, entre finales del Siglo XX e inicios del XXI, se ha dado un flujo de poder sin precedentes desde los poderes representativos hacia el poder judicial creando una verdadera “juristocracia”. Se considera, dice el autor, que los derechos reconocidos judicialmente constituyen una fuerza de cambio social, casi que, con un estatus sagrado, con independencia de los poderes políticos. Por ello las Cortes Constitucionales se han convertido en órganos de toma de decisiones políticas muy importantes dejando de un lado al poder Legislativo. Es ampliamente aceptado hoy que la democracia no

---

<sup>560</sup> MORENO, D. *El deber de la Corte de autocontrolar la constitucionalidad de sus actos de control por vicios de competencia*, en ¿El Estado Constitucional en Jaque? Tomo III. Universidad Externado de Colombia. 2018.

<sup>561</sup> OTERO, I. *El control de constitucionalidad efectuado a la reforma del equilibrio de poderes y el reajuste institucional: una aproximación a la ilegitimidad que ostenta el Legislativo frente al poder judicial*, en PADRÓN, F., CORREA, M. ¿El Estado Constitucional en Jaque? Tomo IV. Óp. Cit. Págs. 337-381; JARAMILLO, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 Vniversitas, 2016. Págs. 59-104. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>

<sup>562</sup> RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*. Óp. Cit. Pág. 227.

<sup>563</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1040-05. MP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.SV. Humberto Sierra Porto. “En primer lugar se afirma que la Constitución de 1991 no establece ninguna cláusula pétrea o inmodificable, para acto seguido concluir que el poder de reforma no puede utilizarse para sustituir la cláusula de Estado Social y democrático de derecho contenida en el artículo 1 de la Constitución, lo que convierte precisamente a esta disposición en una cláusula pétrea operante como límite material al poder de reforma”.

es la regla de las mayorías y que hay un constitucionalismo que protege a las minorías y establece parámetros constitucionales no escritos en la Constitución, que incluso no se podrían reformar.<sup>564</sup> De acuerdo a lo anterior, y siguiendo a Hirschl, puede afirmarse que la incorporación de esta doctrina ha permitido el fortalecimiento de la “juristocracia” en sede de la Corte Constitucional, al disminuirse notablemente la capacidad del Congreso para reformar la Constitución.

Destaca a su vez que los estudios sobre este fenómeno no se han concentrado en el origen y las consecuencias de estas políticas judiciales y constitucionalización, sino en “el déficit democrático” y el “problema contra mayoritario” tendiente a explicar el traslado al poder judicial como el encargado de hacer las políticas para proteger derechos y no el poder Legislativo. En este sentido, un posible efecto común a todas las doctrinas jurisprudenciales foráneas, proveniente de la migración de ideas constitucionales sería el fortalecimiento de la “juristocracia” en sede de las Corte Constitucional colombiana.

La expansión del poder judicial y la judicialización de las políticas puede ser explicado a partir de un origen político en cada país. De igual forma, su tesis apunta a afirmar que pareciera que el poder judicial se encuentra al servicio de los detentadores del poder político y de los grupos de poder. Por eso es una paradoja que su poder esté aumentando. Ello encuentra explicación en que estos políticos no quieren tomar decisiones que les sean desfavorables políticamente, y por ello, dejan este trabajo a los Tribunales.<sup>565</sup>

### **1.5 Conclusiones y valoración personal**

La incorporación de la doctrina foránea de la Estructura Básica de la Constitución en Colombia, y su posterior evolución hacia la DSC, ha dejado importantes repercusiones tanto en la jurisprudencia constitucional, como en el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta última sección se desea presentar algunas de las conclusiones más relevantes sobre lo expuesto, así como ciertas valoraciones personales al respecto.

En cuanto a su origen, la mayoría de los doctrinantes concuerda en que proviene de una incorporación de la doctrina de la Estructura Básica creada por la Corte Suprema de la India en los años sesenta. Esta idea se sustenta principalmente en las citas expresas que hizo de ella la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-551-03. No obstante, otros autores como

---

<sup>564</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2007. Pág. 1

<sup>565</sup> *Ibíd.* Págs. 221-213.

García y Gnecco, sugieren analizar la historia de la jurisprudencia constitucional colombiana antes de 1991, donde ya la Corte Suprema de Justicia había determinado desde 1978 que el Congreso de la República era competente sólo para modificar algunos temas de la Constitución; y que los Actos Legislativos eran asimilables a las leyes, las cuales sí podían tener un control material.

La anterior postura obedeció a un cambio de interpretación jurisprudencial interno para tener mayor control sobre las reformas constitucionales del Congreso, y no, a la introducción de una doctrina foránea. Además de lo anterior, resulta interesante analizar que, luego la Constitución de 1991 cambió dicha postura y en los Artículos 241 y 379 estableció la competencia “estricta y precisa” que tanto se ha comentado en este acápite. Sin embargo, dichas disposiciones fueron aceptadas sólo hasta el año 2003 cuando la Corte introdujo una nueva interpretación constitucional apoyándose de la incorporación de la doctrina de la Estructura Básica de la India.

Por otro lado, vale la pena destacar algunos cambios encontrados en la evolución de la DSC, desde la sentencia C-551-03 que permitió su incorporación, hasta los fallos más recientes proferidos en el año 2020. En primer lugar, en la actualidad, y a diferencia de los primeros fallos que estaban consolidando la aplicación de esta doctrina, la Corte no hace alusión a las disposiciones constitucionales que deberían habilitar su competencia para realizar un control de fondo sobre las reformas constitucionales. Por el contrario, su habilitación competencial se obtiene de su propia jurisprudencia y fruto de interpretaciones reiteradas muy cuestionadas por parte de un sector de la doctrina.

En segundo lugar, se pasó de una competencia que estaba delimitada a revisar si había una sustitución total de la Constitución, a una donde incluso un cambio parcial es suficiente para entrar a realizar el control; de igual forma, de no tener y practicar el Juicio de Sustitución, a tenerlo y practicarlo con determinada metodología; también, de una competencia delimitada para referendos reformativos de la Constitución de iniciativa gubernamental, a una donde es posible realizar este control para cualquier acto. Por último, pareciera haberse dado autonomía propia a los vicios de competencia y no como unos derivados de los de procedimiento como fue estructurado inicialmente.

En tercer lugar, la evolución de la DSC le ha permitido a la Corte construir una nueva tipología de sentencias, como lo son las “interpretativas de reformas constitucionales”, donde condiciona la exequibilidad a una interpretación de la Constitución determinada. Al mismo



tiempo, ha generado que la Corte realice juicios de ponderación entre principios o ejes axiales de la Constitución, otorgándole mayor o menor peso a uno o a otro, para justificar la constitucionalidad de las reformas.

Asimismo, a lo largo de la evolución de la DSC en Colombia, la Corte ha podido identificar los siguientes pilares o ejes estructurales esenciales de la Constitución que operan como un límite al poder de reforma: “el modelo del Estado Social de Derecho (sentencias C-551 de 2003, C-1040 de 2005, C-288 de 2012 y C-373 de 2016); el Principio de separación de poderes (sentencias C-970 y 971 de 2004, C-1040 de 2005, C-288 de 2012 y C-373 de 2016); el Principio de supremacía constitucional (sentencia C-1040 de 2005); los Principios orientadores de la carrera administrativa (sentencias C-588 de 2009 y C-249 de 2012) (...)”.<sup>566</sup>

Asimismo, “(...) el Principio de alternancia en el ejercicio de la Presidencia de la República (sentencia C-141 de 2010); el Principio democrático (sentencia C-3030 de 2010, C-1056 de 2012 y C-577 de 2014); el Principio de moralidad pública (sentencia C-1056 de 2012); Derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación (sentencia C-579 de 2012); Deber del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos (sentencia C-084 de 2016); el Principio de autogobierno judicial (sentencia C-285 de 2006); y el Principio de autonomía judicial (sentencia C-373 de 2016)”.<sup>567</sup>

Los anteriores ejes o pilares estructurales han sido identificados en cada caso en concreto y de manera progresiva, por lo que no se puede tener certeza de una reforma constitucional sería sustitutoria de la Constitución o no. Además de esta incertidumbre jurídica, la misma Corte no evidencia criterios para catalogarlos. Por un lado, algunas sentencias definen los principios de Estado de Derecho; la separación de poderes; y la independencia judicial como esenciales (C-285-16); mientras que otras (C-588-09, C-249-12) le otorgan esta categoría a la carrera administrativa, que bien podrían ser considerada como accidentales en el ordenamiento constitucional.

En cuanto a nuestra valoración personal, puede constatarse que esta doctrina se ha utilizado en aquellas reformas constitucionales que han suscitado un fuerte enfrentamiento de poderes entre la Corte y los demás poderes públicos como lo son el Ejecutivo y Legislativo. La Corte encontró una forma de frenar aquellas reformas constitucionales que a su consideración no son beneficiosas para la democracia y el Estado colombiano, creando incertidumbre sobre

---

<sup>566</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. C-332-17. MP. José Antonio Lizarazo.

<sup>567</sup> *Ibíd.*

lo que se puede y no se puede reformar; y a su vez, impidiendo que la Constitución se convierta en un “instrumento viviente” que se amolda a los cambios sociales.

Si bien se reconoce que, casos como el de la segunda reelección presidencial llevarían a un desequilibrio institucional del ordenamiento jurídico, por la manera como fue diseñada la Constitución y el sistema de pesos y contrapesos, también lo es que la Corte Constitucional es un poder constituido que tiene limitaciones propias en sus competencias y que no puede convertirse en un órgano exento de control. Lo que se observa es que la Corte pasó de justificar en detalle su competencia antes de resolver los casos, durante los primeros diez años de aplicación de esta doctrina, a realizar una mera reiteración de cierta parte de la jurisprudencia dando por descontado este aspecto central.

Recuérdese que el artículo 241 constitucional establece que sus competencias para realizar el control de constitucionalidad se dan en “estrictos y precisos términos”. Esto implica que el intérprete autorizado, en este caso la Corte, no puede crear normas jurídicas contrarias a lo que se establece en dicha regulación (principio del *non sequitur*). En nuestra consideración, la justificación ha sido muy artificiosa, ya que la Corte tuvo que recurrir a interpretaciones sistémicas y subjetivas por fuera de la disposición constitucional que regula sus propias atribuciones para idear un control en sede jurisprudencial que no existe en la Constitución.

Al ser la Corte la intérprete y “guardiana” de la Constitución, y que nadie más que ella controle sus fallos por ser el órgano de cierre en materia constitucional, debería actuar con más apego a la Constitución, so pena de volverse un poder ilimitado y arbitrario. Por lo anterior, se comparten las últimas posiciones que vino sosteniendo la Corte en sentencias como la C-053 de 2016, C-084 de 2016, C-261 de 2016 y C-076-18, donde en virtud del principio del *self restraint* ha limitado la aplicación de la doctrina de la Sustitución y se ha ceñido al control de los vicios de procedimiento en la formación de las reformas constitucionales.

## **2. La doctrina del Derecho viviente: su incorporación y evolución en Colombia**

### **2.1 El origen de la doctrina del Derecho Viviente para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por la Corte Constitucional italiana**

Conforme lo sostienen distintos autores como Quinche, Salinas y Aranda, el origen de la doctrina foránea del Derecho Viviente (en adelante DDV) para Colombia es italiano, y puede encontrarse por primera vez en la sentencia C-557-01, y luego en la C-569-04.<sup>568</sup> Se hace

---

<sup>568</sup> QUINCHE, M. *La acción pública de inconstitucionalidad*. Óp. Cit.; SALINAS, C. *El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos meta normativos en Colombia*. Cuadernos

alusión a estas dos sentencias y no una sola, toda vez que en la primera de ellas la Corte realizó una incorporación material de dicha doctrina, y sólo en la segunda es posible encontrar la remisión expresa a las sentencias de la Corte Constitucional italiana. En el mismo sentido lo afirman autores como Márquez, Téllez, Saavedra y Lozano.<sup>569</sup>

Siguiendo lo expuesto por Martín De La Vega, Salinas hace especial énfasis en que no obstante esta doctrina ha sido aplicada por diversos Tribunales Constitucionales a nivel global, fue la Corte Constitucional italiana la pionera en su creación y posterior aplicación.<sup>570</sup> De igual forma, Zagrebelsky y otros importantes exponentes de la academia italiana, sostienen que la DDV tiene su origen en la sentencia No. 3 de 1956<sup>571</sup>, que realizó un control incidental de constitucionalidad respecto de la aplicación del Art. 57 del Código Penal italiano en el marco de un proceso penal en contra del director y los trabajadores de un periódico.<sup>572</sup>

En este fallo, la Corte Constitucional italiana fue deferente con la interpretación realizada por la Corte Suprema de Casación respecto de la responsabilidad penal por el delito

---

Manuel Giménez Abad No. 14. Diciembre, 2017. Pág. 182; ARANDA, H. *La doctrina del Derecho Viviente: repercusiones de un cambio de paradigma del sistema tradicional de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*. Revista Principia Iuris, Vol. 15, No. 28, julio-diciembre. 2017. Págs. 154-169.

<sup>569</sup> MÁRQUEZ, C. *Consideraciones sobre el Derecho Viviente*. Revista de Temas Constitucionales. UNAM, México. No. 1, 2006. Págs. 101-104; TÉLLEZ, C. *Control de Constitucionalidad del Derecho Viviente del Consejo de Estado*. Tesis de grado de Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2015. Pág. 96; SAAVEDRA, L., LOZANO, L. *Vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del derecho viviente*. Teoría y Praxis Investigativa. Vol. 8 No. 2. Bogotá, Julio-diciembre de 2013. Págs. 18-30.

<sup>570</sup> Una mención material y no expresa sobre el control de constitucionalidad que comenzó a ejecutar la Corte Constitucional sobre las interpretaciones de la ley efectuadas por la Corte de Casación, puede verse en el discurso del primer presidente de dicha Corporación, Dr. Gaetano Azzariti, luego del primer año de su funcionamiento. Ver: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/19570508\\_pres\\_azzariti\\_sito.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/19570508_pres_azzariti_sito.pdf)

Asimismo, Salinas da cuenta de cómo esta doctrina del Derecho Viviente ha tenido “(...) defensores en distintas versiones y grandes contradictores, entre ellos Tulio Ascarelli y Vezio Crisafulli se cuentan entre los primeros y Francesco Carnelutti entre los segundos”. MARTÍN DE LA VEGA, A. *La sentencia Constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. 2003. Págs. 184 y ss; SALINAS, C. *El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos meta normativos en Colombia*. Óp. Cit. Pág. 182.

<sup>571</sup> Italia. Corte Costituzionale. Pronuncia No. 3, Sentenza 15 giugno di 1956. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaSemantica.do>

<sup>572</sup> ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno, Trieste 26-28, maggio, 1986)*, Milano, 1988; PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milan, 1994; LA PERGOLA, A., *La Giustizia Costituzionale nel 1986*, en *Attività della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989)*, Roma, 1991; ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale*, Vita Italiana, 1985; GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988. MODUGNO, F. y CARNEVALE, P. *Sentenza additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990. GROPI, T. *¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm 107, mayo-agosto 2003. Tomado de: BRUST, L. *La sentencia Constitucional en Brasil. Tesis Doctoral*. Universidad de Salamanca, España. 2011. Pág. 244. PIZZORUSSO, A. *I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi* en *Quaderni Costituzionali*, 1982, p. 521 y sig.

de injuria y calumnia en el marco de las publicaciones periodísticas. Al respecto, se resolvió que la aplicación de la disposición cuestionada era constitucional a la luz del Artículo 27 de la Constitución que protegía el derecho a la presunción de inocencia y la responsabilidad penal personal, pero bajo su propia interpretación.<sup>573</sup>

Al destacar la idea central que caracteriza a esta doctrina, Groppi señala lo siguiente, acudiendo a la cita expresa del considerando No. 6 de la mencionada sentencia:

“(…) [La Corte,] creyendo poder y deber interpretar con autonomía de juicio y criterio la norma constitucional que se asume violada y la norma ordinaria que se acusa de violación, no puede no tomar en cuenta una constante interpretación jurisprudencial que otorga al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como es verdad, que las normas son no cual aparecen propuestas en abstracto, sino cual son aplicadas en la cotidiana obra del juez, entendida a volverlas concretas y eficaces”.<sup>574</sup>

A partir de lo anterior, esta doctrina fue comprendida como la obligación por parte de la Corte Constitucional, de tener en cuenta la jurisprudencia proferida por los jueces ordinarios, en especial la de la Corte de Casación, en caso de que determinada norma o interpretación legal fuera recurrida con posterioridad ante su instancia por considerarla inconstitucional. En todo caso, la Corte siempre conservaría la autonomía suficiente para declararla nula y/o emitir su propia interpretación al respecto.<sup>575</sup>

Por esto se habla de derecho “vivo” o “viviente”, en oposición al derecho estático o legislado, toda vez que la Corte se planteó no sólo ser un auténtico legislador negativo en términos de Kelsen, sino también un órgano que puede controlar cómo se está aplicando el derecho en el ordenamiento jurídico, y sí esa aplicación resulta o no constitucional. En este

---

<sup>573</sup> No es coincidencia que esta sentencia se haya emitido el mismo año en que empezó a funcionar la Corte Constitucional italiana. Lo anterior quiere decir que, desde sus inicios, el Tribunal acogió esta doctrina y le dio aplicación. La sentencia n° 3/1956 reconocía la necesidad de “tener en debida cuenta una constante interpretación jurisprudencial que confiere al precepto legislativo su efectivo valor en la vida jurídica, si es verdad, como lo es, que las normas son no como aparecen puestas en abstracto, sino como son aplicadas en la vida cotidiana por obra del juez, dirigidas a volverlas concretas y eficaces”. ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*. Giurisprudenza Costituzionale I. 1986 pp. 1148-1166.

<sup>574</sup> Italia. Corte Constitucional. Sentencia. 3 de 1956, Párrafo 6 de los considerandos. Citado por: GROPPi, T. *Corte Constitucional y principio de efectividad*, en FERRER, E., MOLINA, C. (Cods.) *El Juez Constitucional en el Siglo XXI. Tomo I*. Universidad Autónoma de México - UNAM. 2009. Págs. 259-265.

<sup>575</sup> Crisafulli, por ejemplo, considera que la posibilidad que tiene la Corte de acoger o no el “diritto vivente”, tan solo confirma su libertad respecto al juez a quo. En: CRISAFULLI, V. *Questioni in tema di...* op. cit. pp. 929 y sig. Carnelutti, al contrario, entiende que el TC está obligado a acoger como propia la interpretación del juez a quo cuando juzga la ley. En: CARNELUTTI, F. —Poteri della Corte costituzionale in tema di interpretazione della legge impugnata in *Rivista di Diritto Processuale*, 1962, pp. 349 y sig. Tomado de: BRUST, L. *La sentenza Constitucional en Brasil*. Tesis Doctoral. Universidad de Salamanca, España. 2011. Pág. 61

sentido, las aplicaciones del derecho surgen de las normas jurídicas o interpretaciones creadas por los jueces y no de las disposiciones legales creadas por el Legislador.<sup>576</sup>

Según Zagrebelsky, esta misma tesis se mantuvo constante por varias décadas, y muestra de ello es la sentencia No. 26 de 1984 donde la Corte ratificó su planteamiento inicial: “La Corte NO puede NO tomar en cuenta que la jurisprudencia de los jueces ordinarios, luego de titubeos y divergencias, se ha venido afirmando en el sentido de que (...) a esta interpretación de las Secciones Unidas de la Corte de Casación le ha impreso el sello de su adhesión y su autoridad. Lo que impone la necesidad de considerar – para utilizar una expresión utilizada en otras ocasiones por la Corte – como norma viviente la definida por dicha interpretación y de afrontar, partiendo de ella, la cuestión de constitucionalidad”.<sup>577</sup>

Al referirse al derecho viviente, la Corte renuncia a interrogarse sobre cuál sea la interpretación de la ley sometida al control de constitucionalidad y se remite a la de los jueces, en particular a la de la Corte de Casación. Según Zagrebelsky, esto sería reconocer su valor a la Corte de Casación, como máximo intérprete de la ley, y de asegurar su correcta y uniforme aplicación. La DDV señala que la Corte hace propia la interpretación judicial dominante y controla la constitucionalidad sobre esa base. Si la ley es incompatible con la Constitución, fruto de dicha interpretación, se da lugar a una sentencia de inconstitucionalidad que los jueces deben acatar.<sup>578</sup>

También se han dado sentencias en donde la Corte declaró inconstitucional el derecho viviente por considerarlo no conforme con la Constitución. Tal es el caso de la sentencia No. 69 de 1982 que declaró la ilegitimidad del último párrafo del art. 99 del 16 de marzo de 1942 n. 267, en la parte en la que establecía la inaplicabilidad de las sentencias dictadas sobre trabajo obligatorio y créditos previsionales y asistenciales; y el de la No. 167 de 1984 que hizo lo mismo respecto del Art. 404 C.P.C. en la parte en la que no admitía la oposición de un tercero contra la orden de convalidación de desalojo por extinción del contrato de arrendamiento,

---

<sup>576</sup> Sobre la distinción entre disposición y norma, acogemos la postura de Guastini, quien afirma que la *disposición* es cualquier enunciado que hace parte de un documento normativo; en cambio, la *norma*, es cualquier enunciado que brinde sentido o significado a una o varias disposiciones. Ver principalmente: GUASTINI, R. *Disposizione vs norma*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, No. 34. 1989. Págs. 3-14. Igualmente ver: ASCARELLI, T. *Giurisprudenza Costituzionale e teoria dell'interpretazione* en *Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 351 y sig.; CRISAFULLI, V., *Disposizione (e norma)* en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 195 y sig. De igual forma, Chiassoni afirma que uno de los orígenes de esta distinción suele atribuirse a los primeros fallos del Tribunal Supremo alemán al momento de resolver el problema de identificar el objeto de control constitucionalidad. CHIASSONI, P. *Disposizione y norma: una distinción revolucionaria*. En POZZOLO, S., ESCUDERO, R. (Eds.). *Disposizione vs. Norma*. Lima. Palestra. 2011. Págs.7-17.

<sup>577</sup> ZAGREBELSKY, G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. Revista de la Facultad de Derecho de México, ISSN 0185-1810, N°. 248, 2007, págs. 341-354

<sup>578</sup> *Ibid.*

dictada por la no comparecencia del intimado o por la no oposición del intimado incluso comparecido.<sup>579</sup>

La finalidad que tuvo la Corte Constitucional italiana al introducir esta doctrina fue la de establecer o regular sus relaciones con la magistratura, en especial con la Corte de Casación, en lo que se refiere a la interpretación judicial de la ley, así como la aplicación directa de los principios constitucionales por parte de los jueces ordinarios. De igual forma, unificar a través del control abstracto de constitucionalidad, las interpretaciones acordes con la Constitución, debido a una fuerte tendencia por parte de la Corte de Casación de realizar interpretaciones legales que contrariaban la recién expedida Constitución de 1947.<sup>580</sup>

A pesar de lo anterior, autores como Bogdandy, catalogan la DDV como una pérdida de autoridad judicial de la Corte Constitucional frente a la Corte Suprema de Casación. Si bien afirma que las primeras sentencias que emitió la Corte Constitucional constituyeron una victoria sobre las leyes e interpretaciones fascistas que realizó la Corte Suprema en el periodo posterior a la expedición de la nueva Constitución, con la introducción de esta doctrina, la Corte Constitucional se obligó a tener en cuenta sus interpretaciones legales al momento de realizar el control de constitucionalidad incidental.<sup>581</sup>

Por otro lado, Zagrebelsky expone cómo entre los años 2003-2005 hubo ataques y defensas entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional a propósito de los términos máximos de la prisión preventiva (en Italia) o medida de aseguramiento (en Colombia). Como los términos eran excesivos, la Corte de Casación pensaba que debía declararse inconstitucional la ley, mientras que la Constitucional que podía declararse constitucional y adaptarla en su aplicación a través de una sentencia Interpretativa. A pesar de que las dos Cortes perseguían el mismo objetivo, tenían posturas diferentes. Finalmente, el caso se solucionó con la anulación de la Ley en la sentencia No. 299 de 2005.

Después de muchas confrontaciones interpretativas entre estas Cortes, la doctrina del derecho viviente cayó en desuso al ser reemplazada por el *principio de interpretación conforme*, consistente en hacer prevalecer la misma Constitución sobre las interpretaciones

---

<sup>579</sup> Italia. Corte Costituzionale. Sentenza No. 69 di 1982; y No. 167 di 1984. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>; <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

<sup>580</sup> ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*. Giurisprudenza Costituzionale I. Óp. Cit.

<sup>581</sup> Para soportar su afirmación, este autor cita las siguientes sentencias: 11/1965 y 52/1965, 127/1966 y 49/1970. BOGDANDY, A. v. y PARIS, D. *La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Constitucional Federal alemán*. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N.º 43, mayo-agosto de 2019, 5-24.

reiteradas de los jueces ordinarios.<sup>582</sup> Ya desde las sentencias No. 138, 139 y 232 de 1998 la Corte Constitucional había juzgado como inconstitucional el derecho vivo, e invitado a los jueces a una interpretación conforme, afirmando que esta actuaba mejor los valores constitucionales que la declaración de inconstitucionalidad. La Corte ha utilizado este principio para preservar las disposiciones legales y evitar que se generen lagunas y discontinuidades.<sup>583</sup>

De igual forma lo considera Brust, quien afirma que la presencia del derecho viviente se torna irrelevante para el juez constitucional, toda vez que cualquier disposición o norma impugnada debe estar conforme a la Constitución. En este sentido, el principio de Supremacía Constitucional comenzó a ocupar un lugar prevalente para el control de constitucionalidad realizado por la Corte, y cómo un mandato para la actividad interpretativa de los jueces ordinarios que desde entonces deben evitar realizar cualquier interpretación de la ley que sea contraria a la Constitución.<sup>584</sup>

A pesar de no presentarse mayor discusión dentro la Corte Constitucional colombiana, sobre el origen italiano de la DDV, magistrados como Jaime Araujo Rentería en distintos Salvamentos y Aclaraciones de Voto han destacado que el origen prístino de esta doctrina se encuentra en la obra *Fundamentación de la Sociología del Derecho* de Eugenio Ehrlich de 1913, que recibió fuertes críticas por parte de Hans Kelsen en el artículo titulado *Una Fundamentación de la Sociología del Derecho de 1915*.<sup>585</sup> Asimismo se afirma por autores como Cruz.<sup>586</sup>

---

<sup>582</sup> Esta regla de hermenéutica constitucional también ha sido aplicada por la Corte Suprema de Justicia de EE. UU. desde el siglo XIX, y por el Tribunal Constitucional alemán desde su surgimiento en 1945, y en general, por casi todas las Cortes Constitucionales, incluida la colombiana. Ver, entre muchos otros autores italianos: SORRENTI, G. *L'interpretazione adeguatrice' della legge. Fondamento, natura e implicazione di un pratica dei giudici e della Corte costituzionale*. Milano, 2002; ANZON, A. *Interpretazione corretta e interpretazione conforme a Costituzione del regime delle rogatorie internazionali* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pp. 2246 y sig; RAUTI, A. *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza* (in margine Allá sent. Cost. n. 207/2001) en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pp. 283 y sig.; AMOROSO, G. *L'Interpretazione 'adeguatrice' nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, en *Foro Italic*, V, 1998, pp. 89 y sig; LAMARQUE, E., *Le sezioni unite penali 'si adeguano' all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999, pp. 1412 y sig.

<sup>583</sup> BRUST, L. *La sentencia Constitucional en Brasil. Tesis Doctoral*. Óp. Cit. Pág. 64

<sup>584</sup> *Ibíd.*

<sup>585</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-901-03. MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería; Sentencia S. C-043/04. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería.

<sup>586</sup> Este autor afirma que “(...) el derecho viviente se remonta a la obra sociológico-jurídica de Eugene Erlich, quien intentó dar al derecho un tratamiento de hecho social que puede ser explicado causalmente. Según el disidente, dicha pretensión se desvaneció ante la crítica de Kelsen, en la medida en que no se puede inferir el deber ser -el derecho- del ser -los hechos sociales-; de modo que no es metodológicamente adecuado equiparar derecho y realidad social, pues el control constitucional no puede depender de cómo se realizan las cosas en la práctica”. CRUZ, M. *Supremacía Judicial: el control constitucional del derecho viviente en Colombia*. Revista Prolegómenos. Universidad Militar de Colombia. Vol. 21, No. 42. 2018. Pág. 127.

De acuerdo con lo anterior, la crítica de Kelsen se basó en que Ehrlich trató de explicar el derecho como un hecho, y confundió la ciencia del ser con la del deber ser, olvidando que el derecho pertenece a la segunda. La propuesta del Ehrlich se basó en homogeneizar los conceptos de derecho y sociedad, para crear un derecho viviente o derecho vivo, como un conjunto de reglas que se aplican en la realidad social.

En virtud de lo anterior, Araujo concluye que el concepto del derecho viviente tiene más de cien años y, por ende, que no es del todo novedoso como pretende hacerlo ver la Corte. Además, que el deber ser no puede surgir, ni justificarse a partir del ser. Por ello, la interpretación constitucional y el control de constitucionalidad que realizan los Tribunales Constitucionales recae sobre el deber ser de las normas jurídicas creadas y aplicadas por otros Tribunales, y no sobre cómo vienen aplicándose en la práctica.

Además de su origen jurisprudencial foráneo y posiblemente sociológico, la DDV, podría encontrar ciertos antecedentes (más no precedentes) locales en la denominada doctrina legal o probable, desarrollada inicialmente por el Código Civil de 1873. En su artículo 17, este Código prescribía que “(...) las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas” y prohibió “(...) a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria”.<sup>587</sup>

Lo anterior ratificó la pertenencia de Colombia al sistema del Civil Law, donde la jurisprudencia es fuente supletoria o auxiliar de la actividad judicial, y en cambio, la ley es la fuente principal. No obstante, la ley también creó la denominada doctrina legal o probable, entendida como el conjunto de tres o más decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia en un mismo sentido, y que son vinculantes para los jueces de inferior jerarquía. Sus antecedentes se remontan a la Ley 61 de 1886 que estableció la vinculatoriedad de esta “doctrina legal”, luego complementada por los Artículos 10 de la ley 153 de 1887, y 4 de la ley 169 de 1896 que dejó el nombre de doctrina probable.<sup>588</sup>

---

<sup>587</sup> SAAVEDRA, L., LOZANO, L. *Vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del derecho viviente*. Óp. Cit. Págs. 20-21.

<sup>588</sup> El Artículo 4 de la Ley 169 de 1896 dispone lo siguiente: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. “Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-836 de 2001, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”.



Según autores como Saavedra y Lozano, un especial esfuerzo por resaltar el valor y la vinculatoriedad de la jurisprudencia como fuente del derecho, se dio bajo la llamada “Corte de Oro” en los años treinta. Ésta estuvo conformada por un grupo de notables juristas que fueron magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y que comenzaron a controlar que los jueces de inferior jerarquía siguieran sus decisiones y les dieran plena aplicabilidad por medio de la doctrina probable.

A pesar de este esfuerzo e impulso de la Corte Suprema de Justicia, que siguió en buena medida durante el resto del S.XX, la Constitución de 1991 decidió optar por una posición tradicionalista y consecuente con el sistema de derecho colombiano del Civil Law. En virtud de lo anterior, decidió catalogar la jurisprudencia como una fuente auxiliar del derecho para la actividad judicial. Así se estableció en el Artículo 230 constitucional: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”<sup>589</sup>

No obstante, en la sentencia C-836-01 la Corte Constitucional dio una nueva interpretación de este artículo, y ha reiterado hasta la actualidad que la jurisprudencia es una fuente principal del derecho y, en consecuencia, que todas las autoridades públicas y privadas están obligadas a su seguimiento y acatamiento. Más aún, tratándose de los jueces de inferior jerarquía de las distintas jurisdicciones. En este sentido, la aplicación de la doctrina probable vino a ser reemplazada por el concepto de precedente judicial.<sup>590</sup>

La anterior conclusión puede también apoyarse gracias a lo establecido en el Artículo 243 de la Constitución que dispone lo siguiente: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.<sup>591</sup>

Como se detalla en el acápite siguiente, no deben confundirse los conceptos de doctrina probable y precedente, así como su relación con la DDV. Tanto la doctrina probable como el precedente son modos de fortalecer a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad

---

<sup>589</sup> Constitución Política de 1991. Artículo 230. Disponible en la Secretaría del Senado de la República de Colombia. Ver: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

<sup>590</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-836-01. MP. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>591</sup> *Ibíd.* Artículo 243.

jurídica y al respeto por el principio de igualdad. En la sentencia C-621-15 la Corte dejó claro que “(...) mientras la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsumen en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión”.<sup>592</sup>

En otros términos, la doctrina probable no constituye un precedente judicial y tampoco un criterio auxiliar vinculante de la actividad judicial. Por el contrario, es una interpretación autorizada realizada por los órganos de cierre sobre las leyes vigentes, que debe ser considerada por los jueces de inferior jerarquía para resolver sus casos, a menos que justifiquen apartarse de la misma. El precedente, por su lado, hace referencia a la regla jurídica que resuelve un caso en concreto, que luego debe ser seguida por aquellos jueces que se enfrenten a supuestos de hecho y consideraciones jurídicas similares.

En este orden de ideas, debe enfatizarse que la DDV no se integra o conforma a partir de la doctrina probable que surge de las interpretaciones legales autorizadas que realizan las Altas Cortes, sino de los precedentes reiterados que profieren las mismas en la resolución de los casos de su competencia. Por ello, el control de constitucionalidad eventualmente realizado recae sobre los precedentes reiterados en determinada jurisprudencia, que surgen de la interpretación legal de cada órgano de cierre.

## **2.2 Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Derecho Viviente**

Al igual que en Italia, la incorporación de la DDV en Colombia se dio gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Cuando en Italia esta doctrina dejaba de tener aplicación o caía en desuso gracias a la implementación del principio de *interpretación conforme*, como fue mencionado anteriormente, en nuestro país apenas empezaba a gestarse.<sup>593</sup> La sentencia fundante es la C-557 de 2001, en la que la Corte se preguntó por el valor jurídico

---

<sup>592</sup> Colombia. Corte Constitucional. sentencia C-621-15. MP. Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>593</sup> Este hecho puede confirmarse a partir de GROPPi, T. *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, Política del diritto, 2002. Págs. 231 y 232. De igual forma, puede verse que es una conclusión a la que llega la propia Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-390-2014. MP. Alberto Rojas Ríos: “La jurisprudencia constitucional italiana, ha avanzado hacia el abandono de la doctrina del derecho viviente en favor de la interpretación conforme a la constitución optando por pronunciamientos de interpretación conforme (*adeguatrice*) ya que ha reconocido claramente que el derecho viviente no equivale necesariamente a derecho conforme a la Constitución”.

que debía dársele a las interpretaciones legales efectuadas por el Consejo de Estado dentro del juicio de constitucionalidad.<sup>594</sup>

Esta sentencia se encargó de estudiar una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 59 de la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”. A juicio del actor, esta ley limitaba el acceso a la justicia y otros derechos fundamentales, al no permitirse demandar los actos administrativos previos a la terminación del proceso.<sup>595</sup> Dicho cuestionamiento obedeció a que el demandante planteaba la inconstitucionalidad de una disposición legal producto de su propia interpretación.

Ante esto, la Corte consideró que, “(...) cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una incompatible con la Constitución, como sucede en este caso a juicio del demandante, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos, o la función de la norma objeto del control constitucional en un proceso, tal y como ha sido aplicada en la realidad. Si esta interpretación jurisprudencial y doctrinaria representa una orientación dominante bien establecida, el juez constitucional debe, en principio, acogerla salvo que sea incompatible con la Constitución”.<sup>596</sup>

En otras palabras, la Corte afirmó que ante las múltiples interpretaciones que pueden realizarse de una disposición legal, resulta necesario, para examinar su constitucionalidad, otorgarle valor jurídico a la interpretación que en realidad ha sido aplicada por la jurisprudencia, y que constituye un derecho viviente por ser consistente y reiterado. Su fundamento reposa en tres argumentos principales, los cuales se describen a continuación.

En primer lugar, si bien se admite que el juicio de constitucionalidad es abstracto (consistente en una confrontación de la disposición legal con la Constitución en sentido material), ya que no surge de un proceso particular o de la aplicación de una norma en un caso concreto, ello no significa que no deba tenerse en cuenta el contexto en el que la norma ha

---

<sup>594</sup> Esta sentencia ha sido reiterada por casi la totalidad de los fallos posteriores, a modo enunciativo, los siguientes: C-426 de 2002 (MP. Rodrigo Escobar Gil); C-569 de 2004 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes), C-987 de 2005 (MP. Humberto Sierra Porto); sentencia C-820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-258 de 2013 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); y C-418 de 2014. M.P. María Victoria Calle. No obstante, este primer fallo sentó bases gracias a la sentencia C-1436-00, que, si bien no habló de derecho viviente, sí determinó que “La interpretación de una norma legal puede ser tenida como cargo de la demanda de constitucionalidad, cuando dicha interpretación involucre un problema de carácter constitucional”. Corte Constitucional. Sentencia C-1436-00. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>595</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-557-01. MP. Manuel José Cepeda.

<sup>596</sup> *Ibíd.*

“nacido” y posteriormente, en el que ha “vivido” o sido aplicada. La Corte considera que deberán tenerse en cuenta las interpretaciones legales realizadas por los órganos de cierre de las jurisdicciones de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado) y ordinaria (Corte Suprema de Justicia), así como las elaboradas por la doctrina subsidiariamente (aunque no bastarían por sí solas).

En segundo lugar, observar el derecho viviente (el realmente aplicado por la jurisprudencia y no el creado por el legislador), es una garantía para el juicio de constitucionalidad, pues se evita hacer el control sobre interpretaciones hipotéticas en las que puede incurrir el demandante o la misma Corte. En este sentido, el juicio no podrá recaer sobre una interpretación legal distinta a la aplicada por la respectiva jurisdicción.

Por último, en cumplimiento de la función institucional que le corresponde a la Corte, como guardián de la integridad y supremacía de la Constitución, es posible realizar una valoración hermenéutica de la labor de los demás jueces, quienes operan dentro de un mismo sistema jurídico, y pronunciarse sobre el sentido real de las interpretaciones legales. De lo contrario podrían declararse exequibles normas que son incompatibles con la Constitución, o en su defecto, inexecutable normas que no lo son, lo que haría inócua el control.

Por otro lado, al referirse a los requisitos para conformar un derecho viviente, la Corte señala que deben cumplirse tres: 1) “la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme (si existen contradicciones o divergencias significativas, no puede hablarse de un sentido normativo generalmente acogido sino de controversias jurisprudenciales)”;

2) “la interpretación judicial debe estar consolidada: un solo fallo, salvo circunstancias especiales, resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación determinada se ha extendido dentro de la correspondiente jurisdicción”; y, 3) “la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control o para determinar los alcances y efectos de la parte demandada de una norma”.<sup>597</sup>

Cumplidos estos requisitos, le corresponde a la Corte decidir si recibe y/o adopta dicha interpretación, y en caso de acogerla, proceder a ejercer de manera autónoma sus competencias como juez en el ámbito de lo constitucional. A su vez, puede optar por no acogerla y emitir su propia interpretación por considerar que se ajusta más a la Constitución. En el caso bajo análisis, la Corte consideró que el artículo demandado era constitucional, toda vez que la tesis reiterada en la jurisprudencia del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción

---

<sup>597</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-557-01. MP. Manuel José Cepeda. Consideración No. 5.2.3

de lo contencioso administrativo, establecía que los actos previos al acto final que termina el proceso de responsabilidad fiscal son de mero trámite y su control de legalidad se realizaba en conjunto con el acto de terminación.<sup>598</sup>

Así lo manifestó la Corte en la Consideración 5.3 al referirse a la norma jurídica que proponía el demandante como inconstitucional: “(...) es contraria al derecho viviente conformado por la jurisprudencia del Consejo de Estado anteriormente analizada y respaldada por la doctrina. Esta interpretación ha sido consistente y se ha consolidado; su relevancia para definir la cuestión que ocupa a la Corte es clara: la expresión "solamente" cuestionada no impide que los demás actos, generalmente de trámite o preparatorios, sean objeto de control judicial cuando sea demandado el acto definitivo mediante el cual termina el proceso”.<sup>599</sup>

En cuanto al origen de la DDV, la Corte expone que surge de un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, en el marco de la interpretación de la ley y no de la Constitución. Sin embargo, no dejó claro si era una teoría novedosa o aplicada a partir de alguna experiencia comparada o foránea, por lo que sólo materialmente puede evidenciarse su incorporación de la jurisprudencia italiana. Esta hipótesis se puede corroborar, gracias a la sentencia C-569-04 que ratificó el precedente de la sentencia C-557-01, y citó expresamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, así como doctrina comparada al respecto.<sup>600</sup>

Sobre lo hechos y particularidades de este caso se hará alusión en el acápite siguiente. Por ahora resulta necesario exponer que en sus fundamentos o consideraciones jurídicas, se admitió expresamente que la DDV ha sido “(...) acogida por esta Corte, pero desarrollada igualmente por otros tribunales constitucionales (...)”, lo que resulta indicativo de al menos dos cosas.<sup>601</sup> La primera de ellas hace alusión a que desde la sentencia C-557-01 fue acogida la DDV, sólo que no se hizo mención expresa a su origen; y la segunda, que dicho origen es atribuido de manera principal a la jurisprudencia foránea de la Corte Constitucional italiana.

---

<sup>598</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-557-01. MP. Manuel José Cepeda. Ver las consideraciones 5.1 a 5.4.

<sup>599</sup> *Ibíd.* Consideración No. 5.3

<sup>600</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-569-04. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>601</sup> Ver las consideraciones o los fundamentos jurídicos del 17-20. Igualmente, las notas a pie de página 9-11 que se remiten a la jurisprudencia italiana: “Ver, entre otras, las sentencias No. 69 de 1982 y No 167 de 1984; Para una presentación de la doctrina del derecho viviente en el caso italiano, ver, entre otros, Thierry Di Manno. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions "interprétatives"* en France et en Italie. París, Economica, 1997, pp 180 y ss, 224 y ss, y 464 y ss. Ver igualmente Zagrebelsky. “La doctrine du droit vivant” en Cahiers du C.D.P.C, vol III, 1988, pp 47 y ss”.

Para fundamentar esta incorporación, la Corte citó especialmente las sentencias No. 69 de 1982 y 167 de 1984, las cuales fueron expuestas en el acápite anterior, y que llevaron a la Corte Constitucional italiana a declarar inconstitucional el derecho viviente creado por la Corte de Casación en unos temas particulares. Adicionalmente se citaron los trabajos de autores extranjeros como Gustavo Zagrebelsky en Italia, y Thierry Di Manno en Francia, que dan cuenta del origen italiano de la DDV. En este sentido, la Corte colombiana reconoce y atribuye el origen particular de esta doctrina, el cual no va a ser rebatido ni cuestionado en jurisprudencia posterior.

Además de lo anterior, en esta sentencia se destaca que la DDV tiene dos propósitos fundamentales: “(i) armonizar el carácter abstracto del control constitucional con los significados concretos y efectivos que adquieren las disposiciones jurídicas demandadas en la práctica jurídica y social; y (ii) armonizar el reconocimiento y protección de la autonomía de los funcionarios judiciales en la interpretación de la ley (CP arts 228 y 230) con la función que corresponde a esta Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241)”.<sup>602</sup>

### **2.3 Evolución y aplicación de la doctrina del Derecho Viviente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Desde el inicio de su funcionamiento, la Corte Constitucional colombiana admitió la procedencia del control abstracto de constitucionalidad para evaluar que las interpretaciones legales realizadas por los demás jueces estuviesen acordes con la Constitución. Dicha competencia o facultad, que en principio no resulta propia de este tipo de control, se ha ejercido en el marco de las denominadas *sentencias interpretativas* o de exequibilidad condicionada, las cuales han tenido una importante transformación y evolución, gracias a la introducción de la DDV mediante la sentencia C-557-01.<sup>603</sup>

---

<sup>602</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-569-04. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

<sup>603</sup> Si bien la primera sentencia que habló formalmente de la DDV fue la C-557-01, no fue la primera en realizar control constitucional sobre una interpretación judicial o pronunciarse sobre el tema, pues ya existían importantes pronunciamientos como los contenidos en la C-371-94, C-065, 650-97, y C-044-98. Asimismo, en la C-1436-00, por ejemplo, la Corte aceptó como uno de los cargos dentro de la demanda de inconstitucionalidad, una interpretación judicial elaborada por el Consejo de Estado. En este caso la demanda no recayó sobre una disposición legal, sino sobre la norma jurídica de la sentencia del 23 de febrero de 2000, Sección Tercera, Consejo de Estado, que fue usada por el accionante como argumento principal, pues en sí, las disposiciones legales no indicaban lo que el demandante consideraba como inconstitucional. El resultado fue una sentencia interpretativa, validando la interpretación del Consejo de Estado, pero dando también la propia por parte de la Corte: “Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares. no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes”

Según la propia Corte, el control abstracto de constitucionalidad se ha caracterizado por una confrontación entre las distintas disposiciones legales, creadas por el Legislador, o las administrativas, creadas por el Ejecutivo como Legislador extraordinario y temporal, y las disposiciones constitucionales.<sup>604</sup> Por ello, desde Kelsen se ha planteado que la función por excelencia de los Tribunales Constitucionales es la de ser un Legislador negativo que expulsa del ordenamiento las disposiciones legales contrarias a la Constitución.<sup>605</sup>

No obstante, autores como Nogueira, Vargas y Fernández dan cuenta de cómo la evolución propia de los Tribunales Constitucionales a nivel global, incluido el colombiano, ha llevado a replantear esta función clásica kelseniana de comienzos del S.XX, y a entender cómo después de la Segunda Guerra Mundial, tras la creación del Estado Social de Derecho, los jueces han asumido un papel más activo que les permite ser catalogados hoy como legisladores positivos, aditivos, interpretativos y supletivos.<sup>606</sup>

Adicionalmente, el control abstracto de constitucionalidad sobre las interpretaciones judiciales, parte de la diferencia existente entre disposición y norma, descrita en el acápite anterior, y que cuenta con importantes exponentes como Guastini y Chiassoni. Entre otras cosas, esto implica que el control realizado sobre la disposición legal no excluye el que pueda realizarse sobre la norma jurídica que surge luego de su interpretación por el órgano competente. Al mismo tiempo, los principios de *interpretación conforme* y de *conservación*

---

excepcionales". Los salvamentos de voto de esta sentencia demuestran el gran debate suscitado al interior de la Corte, pues algunos magistrados votaron por que hubiese una declaratoria de inhibición, dado que de las disposiciones legales no podían originarse los cargos propuestos. También porque de su confrontación directa con la Constitución, característica principal del juicio abstracto de constitucionalidad, no se derivaba su inexequibilidad, dejando la competencia al Consejo de Estado de realizar la unificación interpretativa. (Subrayado fuera del texto).

<sup>604</sup> Así se ha reiterado en sentencias recientes como la C-044-18: "El artículo 241 superior le confía a la Corte Constitucional "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", para lo cual se le atribuye la competencia para "decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación". Esta atribución constitucional supone un control abstracto y comparativo de un precepto de rango legal y la norma superior, para que luego de su confrontación se retiren del ordenamiento las normas que no se compaginen con los mandatos superiores. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-044-18. MP. José Fernando Reyes Cuartas. (Subrayado fuera del texto). De igual forma ver las sentencias: C-668 de 2014, C-192 de 2017, C-261 de 2016, C-898 de 2009, C-896 de 2009, C-825 de 2006, C-335 de 2005, C-758 de 2004 C-521 de 1999, C-480 de 1998, C-471 de 1997 y C-505 de 1995.

<sup>605</sup> KELSEN, H.; KLUG, U. *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1988. Págs. 71 y ss.; VARGAS, C. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. XXXII. No. 92. Enero-junio. 2011. Págs. 13-30.

<sup>606</sup> FERNÁNDEZ, F. *La justicia constitucional ante al Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 64. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. Págs. 71 y ss. NOGUEIRA, H. *El derecho procesal constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina*. Estudios Constitucionales. Año 7, 1, 2009. Universidad de Talca, Chile. Págs. 13-58.

*del derecho*, han sido fundamentales para justificar la expedición de las mencionadas sentencias Interpretativas.

El primero de éstos es definido por la Corte como una técnica por medio de la cual todos los jueces deben conciliar o ajustar sus interpretaciones legales a la Constitución. El segundo, por su lado, como un principio hermenéutico en virtud del cual, ante una demanda de constitucionalidad que pretenda expulsar una disposición del ordenamiento jurídico, debe preferirse la interpretación que garantice su permanencia, y el respeto por la voluntad del Legislador, siempre y cuando no se ponga en peligro la aplicación de normas o preceptos constitucionales.<sup>607</sup>

Desde sus inicios la Corte fue muy cuidadosa con el control de las interpretaciones judiciales de los demás jueces, principalmente por las siguientes razones: primero, para no afectar los principios de separación de jurisdicciones y la autonomía funcional del juez; segundo, para no producir el fenómeno del vaciamiento de jurisdicciones; y tercero, no convertir el control de constitucionalidad, en un escenario para resolver los conflictos interpretativos en torno a la ley, pues tampoco resulta de su competencia.<sup>608</sup>

---

<sup>607</sup> Sobre estos principios ver por ejemplo las sentencias C-054-16; C-172-17; C-001-18; C-273-99, C-955/01, C-887/02, C-482/03, C-968/03, C-934/04, C-044/06, C-075/06, C-669/06, C-176/07, S.V. C-830/07, C-060/08, C-186/08, C-461/08, C-227/09, C-486/09, C-540/12, C-066/13, C-390/14, C-166/17, C-481/19.

<sup>608</sup> Para contrarrestar los riesgos de este control en la injerencia de dichos principios, la Corte ha propuesto las siguientes reglas: “En la sentencia C-128 de 2002, la Corte formuló algunas reglas para resolver esa tensión. Sobre el desarrollo de estas reglas, ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-488 de 2000 y C-557 de 2001. En primer lugar, señaló que el respeto a la autonomía de las interpretaciones legales tiene como límite la razonabilidad de estas (ver sentencias C-301 de 1993, C-011 de 1994 y C-496 de 1994). Por tanto, el juez constitucional puede excluir las interpretaciones que sean manifiestamente irrazonables. En segundo término, si la norma admite varias interpretaciones y todas son constitucionales, la Corte no debe entrar a determinar con autoridad el sentido legal, pues esa labor corresponde a los jueces ordinarios. Si la situación es la contraria, esto es, que todas las interpretaciones posibles son inconstitucionales, la Corte debe retirar del ordenamiento el precepto acusado. En tercer lugar, si la norma admite varias interpretaciones, unas acordes con la Constitución y otras que no lo son, la Corte mantendrá la disposición en el ordenamiento, pero excluirá del mismo, a través de una sentencia condicionada, los entendimientos que contraríen los principios y valores constitucionales. Sólo así, y en desarrollo del principio de conservación del derecho. *Sobre este principio ver, entre otras, las sentencias C-273 de 1999 y C-995 de 2001.* Puede la Corte preservar la integridad y supremacía de la Carta, sin desconocer la libertad de configuración del Legislador (sentencia C-128 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett). “La sentencia C-304 de 2013, introdujo otros elementos importantes a la doctrina mencionada (sobre esta doctrina ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-488 de 2000, C-557 de 2001 y C-1255 de 2001), en aras de preservar la autonomía de los jueces y el respeto por el principio de legalidad de la competencia, al establecer requisitos estrictos de índole fáctico y argumentativo, para la procedencia de demandas relacionadas con el derecho viviente. Uno de tales requisitos, es que el ciudadano señale con certeza, cuál es la disposición legal acusada como inconstitucional, como lo establece el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Igualmente, que indique con precisión, cuál es el contenido normativo o “norma” derivada de la disposición acusada, porque debe verificarse que se haya señalado tanto el enunciado o disposición, como la norma derivada del mismo, que, a juicio del actor, se aparta de la Carta Política. En estos casos, sin embargo, lo que se analiza no es la forma a través de la cual el intérprete atribuye sentido a un texto jurídico, sino el sentido mismo que el juez u órgano administrativo extrae o deduce del texto, el cual se convierte en una regla jurídica. A la vez, debe establecerse que la atribución del sentido cuestionado derive de una ley o norma con fuerza de ley, la cual haya supuesto aplicaciones judiciales y no sea resultado de la mera especulación del actor”.



Para asegurar lo anterior, la Corte ha establecido que este control es de carácter excepcional y por ello, debe cumplir unas exigencias de procedencia más exigentes.<sup>609</sup> Sin embargo, también ha afirmado que esta regla no es absoluta, pues en ocasiones los conflictos interpretativos en torno a la ley trascienden al ámbito constitucional y pueden llegar a desconocer la propia Constitución, caso en el cual, debe intervenir para mantener su guarda y plena vigencia.<sup>610</sup>

En cuanto a la finalidad de realizar este control con apoyo de la DDV, la Corte ha manifestado que, como el control de constitucionalidad se debe efectuar sobre el texto legal (en principio), y no sobre su interpretación, el derecho viviente impide que haya un pronunciamiento que pueda resultar contrario a la norma jurídica que si puede ser constitucional. Además, porque es precisamente la norma jurídica la que se encuentra produciendo efectos en el mundo del derecho.<sup>611</sup>

Del estudio de la jurisprudencia constitucional al respecto, es posible corroborar que, desde 1994 hasta 2001, la Corte sólo controló las interpretaciones judiciales de manera *indirecta*. Es decir, cuando un ciudadano demandaba una disposición legal vía acción pública, podía emitirse un fallo de exequibilidad condicionada, atendiendo al principio de conservación del derecho. Lo anterior, toda vez que, si bien la disposición en su significado literal podía resultar inconstitucional, bajo un determinado entendimiento de la Corte no lo era.<sup>612</sup>

Situación distinta empezó a acontecer luego del año 2001, cuando se profirió la sentencia C-557 que incorporó la DDV, la cual permitió que este control pudiera realizarse, a su vez, de manera *directa*. A partir de entonces, cualquier ciudadano puede demandar directamente la interpretación judicial o norma jurídica elaborada por una Corte de cualquier

---

<sup>609</sup> Algunas de estas condiciones se describieron en el acápite anterior al analizar la sentencia C-557-01, y se han reiterado en la jurisprudencia constitucional, sobre la base de las sentencias C-557-01; C-426-02; C-207-03 y C-569-04.

<sup>610</sup> Este planteamiento se ha reiterado uniformemente en sentencias como la C-557-01, C-569-04, A-170-12, C-418-14, y C-259-15.

<sup>611</sup> Ver entre otras las sentencias C-569-04, C-418-14, C-259-15.

<sup>612</sup> La Corte ha definido la finalidad de las sentencias interpretativas o condicionadas de la siguiente manera: “La Corte, al emplear las sentencias interpretativas, no expulsa del ordenamiento jurídico la disposición o el enunciado legal que se demanda, por cuanto su texto literal, per se, no es inconstitucional, toda vez que lo que resulta contrario a la Carta, es aquella interpretación o significado que se le imparte. De esta manera la Corte considera la posibilidad de declarar exequible de manera condicionada una disposición, cuando al menos una de las interpretaciones que de ella se deriven se ajusta a la Constitución. Así pues, en la utilización de este tipo de sentencias el control de constitucionalidad recae sobre las distintas interpretaciones que se derivan de un precepto legal o un texto normativo”. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-038-06. MP. Humberto Sierra Porto.

jurisdicción, sin tener en cuenta la disposición legal en abstracto sino la forma en que está siendo o podría ser aplicada.<sup>613</sup>

Sin embargo, resulta necesario precisar que, desde sus inicios, la Corte había creado la teoría de las *vías de hecho* (hoy conocidas como *causales de procedibilidad*) para controlar en sede de tutela, las interpretaciones judiciales que resultaran contrarias a la Constitución. No obstante, la jurisprudencia temprana de la Corte permite percibir una importante dificultad en el ejercicio de este control, y es el relacionado con el acatamiento del precedente de tutela por parte de los demás jueces, en la medida de que sus efectos son inter-partes y no erga omnes.<sup>614</sup>

La jurisprudencia analizada permite apreciar que, los jueces de las demás jurisdicciones alegaban que sólo les eran vinculantes las sentencias de constitucionalidad por mandato expreso del ya citado artículo 243 constitucional, pero no las de tutela, pues carecían de efectos erga omnes. En este sentido, la DDV le ha permitido a la Corte hacer este control *directo* de constitucionalidad sobre interpretaciones judiciales sin la limitante de que sus efectos fueran inter-partes.

Lo anterior no ha impedido que la Corte siga realizando su labor como garante de los derechos fundamentales, y en este sentido, ejerza la revisión de tutelas contra providencias judiciales presentadas en instancias inferiores por interpretaciones inconstitucionales que los demás jueces hagan de la ley. Como esta es una facultad de revisión que pretende proteger derechos en el caso en concreto, más no la de hacer control abstracto de constitucionalidad, no se expondrán las aplicaciones que sobre la DDV se han realizado en esa sede.<sup>615</sup>

En este orden de ideas, puede afirmarse que la aplicación y evolución de la DDV ha sido relativamente pacífica y estable al interior de la Corte, lo que no la exime de haber suscitado algunos enfrentamientos de carácter doctrinal y jurisprudencial con las demás Altas Cortes de las distintas jurisdicciones. Desde 2001 a la fecha, en sede del control abstracto de

---

<sup>613</sup> Según una Aclaración de Voto de Rodrigo Uprimny en la T-836-04, reafirmando lo expresado en las siguientes sentencias, C-557 de 2001, C-955 de 2001, C-875 de 2003, C-901 de 2003, C-459 de 2004 y C-569 de 2004, se sostiene que el correcto uso de la DDV debe ser en el control directo, es decir cuando se demanda la disposición legal y su respectiva norma jurídica viviente de determinada jurisdicción, más no cuando el control de constitucionalidad es indirecto.

<sup>614</sup> Para estudiar esta teoría, se recomienda ver principalmente la siguiente sentencia que recoge sus fundamentos y evolución: Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-590-05. MP. Eduardo Montealegre Lynet.

<sup>615</sup> Existe una decena de sentencias proferidas en sede de tutela que han utilizado la DDV para resolver los casos, dándole valor jurídico dentro del juicio de protección a los derechos fundamentales, entre otras cosas, para fijar el alcance de la norma a aplicar. Éstas son: S. SU-005-18 (unificó las interpretaciones en torno a la condición laboral más beneficiosa); S. SU-214-16 (unificó las interpretaciones en torno a la posibilidad de contraer matrimonio por parte de parejas del mismo sexo); S. T-265-13; S. T-248-08; S. T-579-06; S. T-389-06; T-950-06; T-951-05; T-836-04; T-666-03.

constitucionalidad y no de tutela, se han proferido cuarenta y siete (47) fallos que han dejado como resultado sentencias interpretativas y de inexecutable parcial, por un lado, y decisiones inhibitorias por ineptitud sustantiva de la demanda, por el otro.<sup>616</sup>

La Corte ha sido uniforme y reiterativa en definir el derecho viviente como una interpretación consistente, sólida y relevante que los demás jueces, pero también la administración pública, realizan de la ley, y que permite fijar el verdadero sentido a las normas jurídicas objeto del control de constitucionalidad. De esta forma, el control recae sobre el sentido realmente “vivido” en la jurisprudencia de las demás Altas Cortes y no sobre su significado hipotético.<sup>617</sup> Asimismo, de forma generalizada se ha reiterado que el juicio es de carácter abstracto, por más que recaiga sobre una norma jurídica o interpretación determinada.<sup>618</sup>

Este juicio ha sido calificado por la Corte como excepcional, y por ello, es una carga del demandante demostrar que en efecto determinada interpretación judicial vulnera la Constitución. De lo contrario, la Corte incurría en el fenómeno del vaciamiento de las jurisdicciones y la violación de principios como la autonomía judicial y la conservación del derecho.<sup>619</sup> Por último, la Corte ha reiterado que su labor es garantizar que todas las interpretaciones judiciales se realicen conforme a la Constitución, bien sea de forma *indirecta*,

---

<sup>616</sup> Esta información estadística es fruto del presente trabajo de investigación. El orden cronológico de esta jurisprudencia es el siguiente: Año 2001: C-557/01, C-955/01, A.V. C-1294/01; Año 2002: C-426/02; Año 2003: C-207/03A.V. C-901/03, C-1114/03, C-875/03, C-1093/03; Años 2004: C-459/04, C-569/04, C-043/04; Año 2005: C-987/05; Año 2006: C-803/06, C-038/06, C-664/06, T-950/06; Año 2008: S. C-802/08, A.V. C-1122/08; Año 2009: C-309/09, C-637/09; Año 2010: S. C-842/10; Año 2011: S.V. C-442/11, S. C-539/11; Año 2012: A. 170/12, C-491/12, C-249/12, C-645/12, C-893/12; Año 2013: C-258/13, C-304/13; Año 2014: C-390/14, C-418/14, C-635/14; Año 2015: S.V. C-354/15, C-259/15, C-621/15, C-284/15, S.P.V. C-623/15; Año 2016: C-183/16, C-193/16, C-221/16; Año 2017: C-344/17, C-136/17, C-350/17; Año 2018: C-015/18; Año 2019: C-519-19; Años 2020 y 2021: a la fecha no hay Sentencias disponibles.

<sup>617</sup> Ver de modo principal las sentencias C-557-01, C-207-03, C-569-04, y C-258-13, no obstante, este planteamiento ha sido reiterado en toda la jurisprudencia referente a la DDV.

<sup>618</sup> Ver de modo principal las sentencias C-557-01, C-569-04, C-426-02, C-987-05, y C-259-15, no obstante, este planteamiento ha sido reiterado en toda la jurisprudencia referente a la DDV.

<sup>619</sup> Los requisitos que deben cumplir los cargos de la demanda son los siguientes: 1-Claridad: hace alusión a señalar el texto de la disposición demandada, y luego identificar la norma jurídica viviente consistente, consolidada y relevante que constituye derecho viviente; 2-Certeza: se refiere a que la interpretación acusada debe fijar realmente el contenido de la disposición demandada, y debe a su vez, tener sustento real y no ser una “hipótesis hermenéutica” del demandante. 3-Especificidad: hace referencia a establecer la oposición concreta entre el contenido normativo demandado y la Constitución sin usar argumentos indeterminados o abstractos; 4-Pertinencia hace alusión a que el cargo debe tener relevancia constitucional y no de índole legal, personal o de simple conveniencia; y 5-Suficiencia: se refiere a que los argumentos deben ser persuasivos y suficientes para demostrar que la interpretación acusada como derecho viviente viola la Constitución. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-802-08. MP: Clara Inés Vargas, citado por CRUZ, M. *Supremacía Judicial: el control constitucional del derecho viviente en Colombia*. Óp. Cit. Pág. 117.

cuando controla una disposición, o de forma *directa* cuando lo hace sobre una norma jurídica o interpretación reiterada.<sup>620</sup>

Dicho lo anterior, en primer lugar, se abordarán en orden cronológico los casos más emblemáticos que permiten conocer cómo se ha aplicado y de qué manera ha evolucionado la DDV en aquellas demandas de inconstitucionalidad donde se demandó por vía *directa* el derecho viviente. Y paso seguido, se estudiarán aquellos en donde se demandaron disposiciones legales, más no interpretaciones judiciales, en las cuales el derecho viviente sirvió como herramienta que goza de valor jurídico para realizar el control, o lo que se conoce como el control *indirecto*.

### **2.3.1 Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *directa***

Como se mencionó en el acápite anterior, este primer tipo de control fue aplicado a partir de la sentencia C-557-01, que permitió a cualquier ciudadano demandar directamente las interpretaciones legales realizadas por los órganos jurisdiccionales de cierre en el marco de sus competencias, e incluso aquellas emitidas por la Administración Pública. Debe precisarse que, al ser un control excepcional que suscita fuertes tensiones, en especial, con las demás Altas Cortes, son pocas las sentencias proferidas en comparación con aquellas del control *indirecto*.

Dicho lo anterior, la primera sentencia que controló por vía *directa* una interpretación judicial fruto de la aplicación de la DDV fue la C-426-02. En esta ocasión se demandó el Artículo 4 del Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso, sobre cual el Consejo de Estado había delimitado la denominada doctrina de los *móviles y finalidades* consistente para este caso en que la acción de simple nulidad procedía contra los actos administrativos de contenido particular cuando lo indicare la ley o cuando éstos representen un interés para la comunidad.<sup>621</sup>

A consideración del demandante, esta interpretación consolidada por la Sala Plena del Consejo de Estado condicionaba la procedencia de la acción de simple nulidad contra los actos de contenido particular, a los casos en que la ley lo consagre expresamente o cuando éstos representen interés para la comunidad, lo que terminaba por afectar el derecho al acceso a la justicia y a la defensa. En efecto, la Corte procedió a estudiar el derecho viviente creado por el Consejo de Estado y consideró que no se ajustaba a la Constitución.

---

<sup>620</sup> Ver de modo principal las sentencias C-901-03, C-1093-03, C-569-04, C-426-02, C-539-11, C-645-12 y C-390-14, no obstante, este planteamiento ha sido reiterado en toda la jurisprudencia referente a la DDV.

<sup>621</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426-02. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Las razones se fundamentaron en que su interpretación vulneraba los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, toda vez que establecía una interpretación restrictiva de la norma al formular requisitos adicionales no contenidos en el texto de esta, y que tampoco se derivaban de su verdadero espíritu y alcance. En consecuencia, estableció su exequibilidad condicionada bajo el entendido que la acción de nulidad simple procede también contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de legalidad en abstracto del acto.<sup>622</sup>

Esta decisión generó un enfrentamiento de carácter jurídico entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en la medida que éste consideró que la Corte se había entrometido en su ámbito competencial de interpretación de la ley, y no había respetado los principios de separación de jurisdicciones y autonomía judicial. No obstante, el Consejo de Estado terminó por acatar y cumplir la decisión de la Corte en virtud de lo establecido en el Artículo 243 constitucional.<sup>623</sup>

Posteriormente, en la sentencia C-207-03, la Corte estudió una demanda en contra del Artículo 17 de la Ley 114 de 1994 que regulaba el recurso extraordinario de revisión en las acciones de pérdida de investidura contra Congresistas. El Consejo de Estado había interpretado esta disposición bajo el entendido que dicho recurso podía interponerse dentro de los cinco años siguientes a su ejecutoria en procesos posteriores al 19 de junio de 1994. No obstante, a juicio del demandante esta interpretación vulneraba los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y acceso a la justicia.<sup>624</sup>

La Corte decidió que dicha acción procedía también para todas las sentencias ejecutoriadas con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, y el término de caducidad se contaría a partir de la vigencia de la Ley 446 de 1998, la cual fue emitida posteriormente. Lo anterior se decidió dado que la interpretación del Consejo de Estado era restrictiva y contraria a la Constitución por vulnerar los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso y

---

<sup>622</sup> *Ibíd.*

<sup>623</sup> A este fenómeno se le conoce en Colombia como el mal llamado “choque de trenes”, consistente en el enfrentamiento judicial de dos o más Altas Cortes en torno a un tema particular. En buena medida se produce porque el Constituyente de 1991 no estableció una supremacía jerárquica entre los distintos órganos judiciales de cierre, sino la igualdad entre los mismos. No obstante, en la actualidad puede decirse que materialmente es la Corte Constitucional la que ocupa un lugar predominante como órgano de cierre del sistema constitucional colombiano. Para mayor profundidad al respecto ver: SALINAS, C. *El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos meta normativos en Colombia*. Óp. Cit.

<sup>624</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-207-03. MP. Rodrigo Escobar Gil.

acceso a la justicia. Para este caso, el resultado fue también una sentencia interpretativa o de exequibilidad condicionada.

El mismo año, en la sentencia C-1093-03 la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra del Artículo 27 de la Ley 30 de 1992 que reguló los exámenes de Estado que debían realizarse a los estudiantes de educación media. A consideración del Ministerio de Educación Nacional, estos exámenes podían incluso realizarse a estudiantes de instituciones de educación no reconocidas ante la ley y sin debido registro. Para el demandante, esta interpretación de la ley que realizaba el Ministerio vulneraba el derecho a la educación y las facultades de inspección, vigilancia y control en la enseñanza y la prestación del servicio público de educación.<sup>625</sup>

Esta sentencia es relevante pues la Corte confirmó que el derecho viviente no sólo puede ser creado por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, sino también por la administración pública, como lo era en este caso el Ministerio de Educación. Frente al problema en concreto, la Corte consideró que dicho derecho viviente era inconstitucional y que la disposición demandada era exequible condicionalmente bajo el entendido que los exámenes de Estado no se pueden realizar a estudiantes egresados de programas académicos no aprobados ni registrados por el mismo.

Otra sentencia muy importante, no sólo porque ayudó a configurar la doctrina del derecho viviente en la jurisprudencia de la Corte, sino porque volvió a generar fuertes enfrentamientos entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, es la C-569-04. Este caso se trató de una demanda en contra del Artículo 3 de la Ley 472 de 1998 que reguló las acciones de grupo en Colombia. Dicho artículo establecía que para la procedencia de esta acción debían configurarse todos los elementos de responsabilidad civil respecto de los demandantes.<sup>626</sup>

A esto se sumaba que, la interpretación reiterada y consolidada del Consejo de Estado había establecido que entre los elementos comunes de la responsabilidad civil se encontraba la preexistencia del grupo frente al daño causado. Esto quería decir que el futuro grupo demandante debía estar conformado o preexistir al daño. Quien no cumpliera este requisito no podía integrarlo y debía reclamar su daño por la vía individual a través de la acción de reparación directa.

---

<sup>625</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1093-03. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>626</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-569-04. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

A consideración del demandado, esta interpretación vulneraba el acceso a la justicia de las víctimas y les obligaba a reclamar por la vía individual. Asimismo, lo determinó la Corte al expedir una sentencia de inexecutable parcial del artículo demandado en lo referente a que no debía exigirse el requisito de la preexistencia del grupo, tratándose de uno de los elementos de la responsabilidad. Esta decisión volvió a generar fuertes enfrentamientos entre la Corte y el Consejo de Estado, pero fue finalmente acatada.

Entre los años 2004 y 2011, casi todos los casos que resolvieron demandas de inconstitucionalidad en contra de interpretaciones legales terminaron en fallos inhibitorios por ineptitud sustantiva de las mismas. En particular, porque el demandante no lograba identificar el derecho viviente o creaba uno de manera subjetiva que no correspondía a la realidad.<sup>627</sup> No obstante, en el año 2012 se profirió la sentencia C-645-12 que estudió una demanda en contra del Artículo 301 del Código Penal que regula la rebaja de pena por allanamiento a los cargos.

Para el demandante, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia estaba aplicando dos interpretaciones que resultaban contrarias a los principios constitucionales de igualdad, legalidad y de no autoincriminación, consistentes en darle trámite a la rebaja de una cuarta parte de la pena en casos de flagrancia, y sólo durante la audiencia de imputación; y otra en la que predicaba la posibilidad de otorgarla en cualquier etapa del proceso.<sup>628</sup>

Luego analizar el derecho viviente producido en la Sala Penal, la Corte Constitucional profiere un fallo de exequibilidad condicionada donde determina que la correcta aplicación que debe hacerse del Artículo demandado es la que permita hacer rebajas de una cuarta parte de la pena en cualquier etapa del proceso de los judicializados sorprendidos en flagrancia, pues garantiza en mayor medida los principios de legalidad e igualdad.

Asimismo, se controló a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo referente a las interpretaciones que se habían fijado del régimen pensional de los Congresistas, Magistrados de Altas Cortes y otros altos funcionarios del Estado. Según los demandantes, el derecho viviente producido por esta Sala, producto de una indebida interpretación del Artículo 17 de la Ley 4 de 1994, vulneraba los principios de igualdad y de sostenibilidad financiera del Estado, al establecer pensiones excesivamente elevadas y bajo una disparidad de criterios.<sup>629</sup>

---

<sup>627</sup> Las sentencias a las que se hace referencia en este periodo de tiempo son las siguientes: C-842-10; C-309-09; C-637-09; C-802-08; C-803-06; C-987-05.

<sup>628</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-258-12. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>629</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-258-13. MP. Jorge Pretelt Chaljub.

La Corte dio la razón a los demandantes, y profirió un fallo de inexecutable parcial e inexecutable condicionada de la disposición demandada, donde estableció lo siguiente: i) no puede extenderse el régimen de transición pensional a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo pues vulnera la igualdad; ii) el Ingreso Base de Liquidación sólo se obtendrá de aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario ya que viola la solidaridad; iii) las prestaciones se liquidan con el promedio de los últimos diez años de cotización; iv) no pueden existir pensiones que superen los veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otro lado, en el año 2014, con la sentencia C-390-14 la Corte volvió a controlar el derecho viviente proferido por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en lo referente al vencimiento del término para declarar la causal de libertad del sindicado cuando no se hubiese iniciado el juicio oral. La discusión se centró en que el Artículo 317 del Código de Procedimiento Penal establecía un término de ciento veinte días contados a partir de la formulación de acusación por parte de la Fiscalía General de la Nación, pero no cómo debía contabilizarse ese término.<sup>630</sup>

A consideración del demandante el término debía contabilizarse desde la presentación del escrito de acusación y no desde la audiencia donde se sustentaba el mismo, pues era atentatorio del derecho fundamental a la libertad personal. Asimismo, lo consideró la Corte en un fallo de executable condicionada, bajo el entendido que al ser la formulación de acusación un acto complejo que envuelve varias etapas, el vencimiento del término para otorgar la causal de libertad debe hacerse efectivo desde el inicio de este, esto es, desde la presentación del escrito.

Finalmente, entre los años 2014 y 2021 se han expedido las sentencias C-354-15; C-259-15; C-136-17 y C-015-18 en el marco de este control, pero ninguna de ellas ha declarado la inconstitucionalidad del derecho viviente, sino que, por el contrario, se ha considerado ajustado a la Constitución. Por lo anterior, no serán analizadas en este acápite.

### **2.3.2 Control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *indirecta***

Como fue mencionado en líneas precedentes, el control de constitucionalidad del derecho viviente por vía *indirecta* ha ocupado el mayor número de sentencias dentro de la

---

<sup>630</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-390-14. MP. Alberto Rojas Ríos.



jurisprudencia de la Corte en relación con esta doctrina. Este control ha tenido lugar en aquellos casos dónde se han demandado disposiciones legales, y no interpretaciones judiciales, en los cuales el derecho viviente se ha utilizado como una herramienta que goza de valor jurídico para determinar su exequibilidad.<sup>631</sup>

En otras palabras, al admitirse una demanda de inconstitucionalidad en contra de una disposición legal, la Corte utiliza el derecho viviente, en caso de existir, para analizar si la interpretación legal que los jueces o la administración pública están realizando de la misma se ajusta o no a la Constitución. De ajustarse a ella, la Corte da aplicación al *principio de conservación del derecho* explicado anteriormente, y no procede a su declaratoria de inconstitucionalidad, sino que profiere una sentencia de exequibilidad condicionada o interpretativa permitiendo que continúe su vigencia en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando siga determinada interpretación.

En virtud de lo anterior, la primera sentencia que declaró la exequibilidad condicionada de una disposición legal en el marco de este tipo de control fue la C-875-03. Se trató de una demanda parcial en contra del inciso segundo del artículo 422 del Código Civil que establecía una limitación de edad para que los varones mayores de veintiún años no pudieran demandar judicialmente a sus padres para reclamar alimentos. A consideración del actor, esta regulación era discriminatoria y atentatoria de los artículos 13, 42 y 43 de la Constitución, toda vez que se excluía a la mujer.<sup>632</sup>

Para resolver el caso, la Corte analizó cómo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia había interpretado el artículo demandado, concluyendo que el mismo se ha aplicado reiteradamente para los hijos en general sin consideraciones de género. En virtud de lo anterior,

---

<sup>631</sup> En virtud de este control, la Corte Constitucional ha expedido un total de veintidós (22) sentencias que se referencian a continuación desde la más reciente hasta la más antigua: Sentencia C-519-19 (sobre el orden de los apellidos de los hijos); Sentencia C-344-17 (sobre la reparación integral en el proceso penal); Sentencia C-350-17 (temas de salud y vacunación); Sentencia C-193-16 (trató la unión marital de hecho); Sentencia C-183-16 (sobre el acceso a las TIC y plan nacional de desarrollo); Sentencia C-221-16 (asuntos mineros en el plan nacional de desarrollo); Sentencia C-284-15 (trató acerca de una demanda al código civil); Sentencia C-621-15 (se pronunció sobre el sistema de fuentes del derecho); Sentencia C-623-15 (trató el tema de la suspensión de actos administrativos); Sentencia C-418-14 (fijó topes de pensiones en la Ley 100); Sentencia C-635-14 (dejó en firme la graduación de la pena); Sentencia C-258-13 (se pronunció sobre las pensiones de la Ley 4 del 1992); Sentencia C-491-12 (se pronunció sobre la dosis mínima); Sentencia C-893-12 (fijó el alcance del archivo ante falta de imputación); Sentencia C-442-11 (estudió la exequibilidad de los delitos de injuria y calumnia); Sentencia C-539-11 (determinó el alcance del precedente judicial); Sentencia C-1122-08 (fijó la calidad del interviniente en el proceso penal); C-664-06 (trató el tema de la prelación de créditos); Sentencia C-043-04 (se pronunció sobre las costas judiciales); Sentencia C-559-04 (fijó el alcance de los requisitos en la acción popular); Sentencia C-569-04 (fijó el alcance de los requisitos en la acción popular); Sentencia C-901-03 (trató el tema de la sociedad conyugal); Sentencia C-875-03 (se pronunció sobre la acepción de la palabra varón); Sentencia C-1294-01 (estudió la constitucionalidad de la palabra marido).

<sup>632</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-875-03- MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

y atendiendo al *principio de conservación del derecho*, la Corte dio valor jurídico al derecho viviente de esta disposición y determinó que era exigible bajo el entendido que la misma también se refiere a las mujeres.

Asimismo sucedió con la sentencia C-539-11 la cual resolvió una demanda en contra del Artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 que establecía como vinculantes para “(...) las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros (...)”, sólo los precedentes establecidos por las Jurisdicciones de lo Contencioso Administrativo y Ordinaria.<sup>633</sup>

El demandante consideró que dicha disposición legal vulneraba los Artículos 2, 4, 13, 83, 209, 230 y 241 de la Constitución que obligaban a todas las autoridades públicas y privadas del Estado, a sujetarse al precedente constitucional. Para resolver este caso, la Corte no sólo tuvo en cuenta los pronunciamientos que las distintas Altas Cortes habían realizado sobre el acatamiento del precedente constitucional, sino también su propia jurisprudencia al respecto.

Con base en lo anterior, determinó que la expresión demandada “*en materia ordinaria o contenciosa administrativa*” contenida en el Artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, resultaba exigible en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.

Por otro lado, en la C-491-12 se estudió una demanda en contra del Artículo 376 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificado por el Artículo 11 de la Ley 1453 de 2011, que estableció la penalización del tráfico, fabricación y porte de estupefacientes. Para determinar su exigibilidad, la Corte examinó cómo había sido interpretado el problema jurídico a lo largo de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la misma había efectuado notables desarrollos en los que se había declarado la no punibilidad del porte de sustancias estupefacientes en cantidades de baja significación.<sup>634</sup>

En virtud de lo anterior, y de un análisis del derecho viviente en esta materia, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la disposición demandada, en el entendido que en la misma no se incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente

---

<sup>633</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-539-11. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>634</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-491-12. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

destinada al consumo personal, de sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga sintética, a las que se refiere el precepto acusado.

También en materia penal, se profirió la sentencia C-344-17 que conoció de una demanda de inconstitucionalidad en contra del Artículo 94 del Código Penal, que reguló la reparación de los daños materiales y morales producto de la comisión de conductas penales. A consideración del demandante, esta disposición vulneraba el derecho fundamental a la reparación integral de las víctimas, pues excluía la reparación de otros perjuicios como la salud, la vida de relación, los bienes jurídicos de especial protección constitucional y los fisiológicos, entre otros.<sup>635</sup>

Luego de analizar el derecho viviente derivado de las interpretaciones legales reiteradas efectuadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Corte concluye que la disposición demandada es exequible, siempre y cuando sea interpretada bajo “(...) el entendido de que las categorías de perjuicios allí indicadas son meramente indicativas y no excluyen la reparación integral de todos los perjuicios tanto materiales, como inmateriales, que hayan sido causados a las víctimas como consecuencia del delito y resulten debidamente probados”.<sup>636</sup>

Finalmente, la última sentencia proferida en el marco de este control por vía *indirecta* del derecho viviente es la C-350-17 que estudió el caso de una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1 de la Ley 1626 de 2017, por medio del cual el Gobierno Nacional se obligaba a garantizar la vacunación contra el Virus del Papiloma Humano de manera gratuita a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria. A consideración de los demandantes, esta disposición vulneraba el principio de igualdad pues dejaba por fuera del plan de vacunación a los niños y a las niñas no escolarizadas.

Para resolver el caso, la Corte tuvo en cuenta las interpretaciones que había realizado al respecto el Ministerio de Salud que constituían un derecho viviente, y concluyó que la disposición demandada era exequible sólo bajo “(...) el entendido de que la alusión al grado de escolaridad tiene carácter meramente referencial sobre el grupo etario objetivo, y que la garantía allí prevista se predica de las niñas escolarizadas y no escolarizadas”.<sup>637</sup>

---

<sup>635</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-344-17. MP. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>636</sup> *Ibíd.*

<sup>637</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-350-17. MP. Luis Guillermo Guerrero.

## 2.4 Consecuencias, efectos, implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local.

La materialización del fenómeno de la MIC, tratándose de la incorporación y posterior evolución de la DDV, permite la verificación de algunas consecuencias, efectos o implicaciones para el ordenamiento constitucional colombiano. Como fue descrito en el Capítulo Primero, a la teoría de la MIC le interesa ir más allá del viaje o la migración de una idea constitucional de un lugar a otro. En consecuencia, también es importante determinar cómo se asentó dicha idea en su lugar de destino; qué consecuencias sociales, políticas y jurídicas surgieron; y de qué manera fue su evolución.

Al igual que en el acápite anterior, este desea destacar seis ideas principales que surgen de observar y analizar la evolución y aplicación de la DDV en Colombia. Es necesario reafirmar que, toda vez no es el objeto principal de estudio de este capítulo, las mismas no se examinan a profundidad sino con el fin de dejarlas en evidencia para que sirvan como punto de partida para futuros trabajos de investigación que sí tengan este propósito. Algunas de ellas han sido ya materialmente destacadas por la doctrina, y otras en cambio, surgen del propio examen de este trabajo.

*1-Ampliación del objeto del control abstracto de constitucionalidad y la tendencia a su concretización.* Antes de la incorporación y utilización de la DDV, la Corte Constitucional colombiana se negaba a conocer de las demandas de inconstitucionalidad en contra de las interpretaciones judiciales que realizaban los demás jueces. Ello encontraba justificación en el respeto por la autonomía judicial y la ocurrencia del fenómeno del vaciamiento de las jurisdicciones. De igual forma, por el significado mismo del control abstracto de constitucionalidad que recae sobre la ley y no sobre su interpretación.

No obstante, y valiéndose de la experiencia italiana de la DDV, la Corte Constitucional colombiana abrió paso al control de manera *directa* de las interpretaciones judiciales, lo cual ha permitido que cualquier ciudadano demande las normas jurídicas emitidas por las Altas Cortes e incluso por la Administración Pública. A pesar de que la distinción entre disposición y norma permite superar esta limitación, autores como Zagrebelsky afirman que la aplicación de esta doctrina puede ampliar el objeto del control abstracto de constitucionalidad y llevarlo a ser uno de carácter concreto.<sup>638</sup>

---

<sup>638</sup> Por control abstracto este autor entiende el que se realiza sobre la ley en sentido general y no sobre una regla aplicable a las relaciones jurídicas, o para la resolución de un caso en concreto. Esto se deriva de la adhesión a la

En sentido similar lo considera Di Mano quien afirma que al existir en Italia el control de constitucionalidad a través de la *questione di legittimità costituzionale* que es incidental y concreto, tendría mayor cabida el uso de la DDV. Este proceso tiene lugar cuando el juez o las partes dentro de un proceso judicial no están de acuerdo con la aplicación de una disposición legal en concreto por considerarla inconstitucional, y por ello elevan un incidente a la Corte para que resuelva su aplicación.

Si resulta de relevancia constitucional, la Corte aceptará la *questione* y el proceso quedará suspendido hasta que se resuelva la cuestión, la cual tendrá incidencia directa en el fallo del juez de inferior jerarquía que no podrá adoptar una vía distinta a la decidida por la Corte. El control en Italia también es concentrado, es decir que sólo la Corte realiza control de constitucionalidad de las leyes. De igual forma, la Corte es un órgano que no se encuentra dentro de la Jurisdicción o Rama Judicial, lo que permite que verdaderamente sea catalogado como externo o superior.<sup>639</sup>

En Colombia por su parte, el control no es concreto sino abstracto. Es decir, no se decide a partir de un caso en concreto, ni se resuelve para un caso determinado con efectos *inter-partes* sino de manera general o *erga omnes* para todos los futuros casos que se susciten de ahí en adelante. Por otro lado, además de concentrado el control es también difuso, pues cualquier autoridad, sea judicial o administrativa, puede excepcionar la aplicación de una ley por considerarla contraria a la Constitución.

En virtud de lo anterior, se plantea que una de las implicaciones de la DDV en Colombia, podría reflejarse en una ampliación del objeto del control de constitucionalidad y su tendencia a ser más concreto, al menos, tratándose de las interpretaciones legales que realizan los distintos jueces de los órganos de cierre y la Administración Pública en casos en concreto. Esto se observa, sobre todo, en el control por vía *directa* del DDV, toda vez que la demanda se origina de la aplicación en concreto de una interpretación legal en sede judicial o administrativa, y no del contenido creado por el Legislador.<sup>640</sup>

*2-La creación de una nueva modalidad del control de constitucionalidad.* Según autores como Quinche, el Art. 241 de la Constitución facultó a la Corte para realizar control de

---

idea de expulsar del ordenamiento una ley que fue creada por el Parlamento de manera mayoritaria y democrática, con un procedimiento especial. ZAGREBELSKY, G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. Óp. Cit. Págs. 341-354.

<sup>639</sup> DI MANNO, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Préface de Louis Favoreu, coll. Droit Public Positif, Economica-P.U.A.M.1997. Pág. 617 y ss.

<sup>640</sup> Ver entre otras, las sentencias C-901-03, C-1093-03, C-569-04, C-426-02, C-539-11, C-645-12 y C-390-14 que permiten dilucidar cuál es el objeto preciso del control directo de constitucionalidad en el marco de la DDV.

constitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución (numeral 1), las leyes (numeral 4) y los decretos con fuerza de ley (numeral 5), pero no sobre las interpretaciones judiciales que de la ley realizan los jueces. Esto se debe fundamentalmente a tres razones: la preservación del principio de separación de jurisdicciones; la autonomía judicial y el principio de conservación del derecho, de los cuales ya se ha hecho alusión anteriormente.<sup>641</sup>

En este sentido, se plantea que la DDV ha permitido la creación de una nueva modalidad de control, que este autor en particular ha denominado como el control *directo*, ya que en virtud del principio de supremacía constitucional, el ciudadano puede demandar vía acción pública las interpretaciones legales reiteradas y unificadas que realicen los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones, a pesar de que antes de la incorporación de esta doctrina la Corte había admitido su incompetencia para controlarlas.<sup>642</sup>

*3-La dificultad para identificar el derecho viviente y por ende, para efectuar el control.* La Corte ha manifestado a lo largo de su jurisprudencia que el derecho viviente proviene de las interpretaciones consolidadas de la ley. A su vez, que tiene origen esencialmente jurisprudencial, pero no exclusivo, porque también puede provenir de la interpretación que haga la administración pública. En este sentido, autores como DI MANNO afirman que, para identificar este derecho viviente en la jurisprudencia, no es necesario que exista una única interpretación consolidada ya pueden existir posturas divergentes. Lo importante es que dicha posición interpretativa se encuentre consolidada.

No obstante, y bajo un análisis de la DDV aplicada en Francia e Italia, este autor afirma que el objeto de este control de constitucionalidad son las interpretaciones de la ley consolidadas, pero reconoce la dificultad para fijar su contorno. En últimas es la propia Corte quien termina afirmando cuál es la interpretación consolidada con el riesgo de equivocarse en su elección. De ahí que este autor evidencie la necesidad de establecer una metodología precisa que permita al Tribunal Constitucional identificar a ciencia cierta cuál es el derecho viviente, y si existe o no.<sup>643</sup>

Si bien en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se estableció una metodología de identificación del derecho viviente desde la C-557-01, gracias a las

---

<sup>641</sup> QUINCHE, M. *La acción pública de inconstitucionalidad*. Óp. Cit.

<sup>642</sup> En las siguientes sentencias puede analizarse cómo el control de constitucionalidad sobre las interpretaciones legales que realizan los demás jueces en los casos de su competencia es esencialmente distinto al que se realiza cuando lo que se demanda es una disposición legal. Ver por ejemplo las sentencias: C-557 de 2001, C-955 de 2001, C-875 de 2003, C-901 de 2003, C-459 de 2004 y C-569 de 2004.

<sup>643</sup> DI MANNO, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*. Óp. Cit.

Aclaraciones y Salvamentos de Voto pueden observarse dos vicisitudes. En primer lugar, para algunos magistrados de la Corte constituye una carga excesiva para el demandante identificar el derecho viviente dado lo subjetivo que puede llegar a ser. Por ello, sostienen la postura que esta labor debería complementarla la Corte.<sup>644</sup> En segundo lugar, se ha afirmado que existe un uso indiscriminado de los precedentes de las Altas Cortes que hace muy difícil identificar el derecho viviente y, por ende, darle aplicación a esta doctrina.<sup>645</sup>

*4-El uso indistinto de la DDV.* En la jurisprudencia de la Corte puede identificarse plenamente el uso indistinto de la DDV. Comenzó con la C-557-01 para darle procedencia a las demandas de inconstitucionalidad en contra de las interpretaciones legales realizadas por los demás órganos judiciales de cierre, pero terminó también por aplicarse de manera indirecta en las demandas contra las disposiciones legales como una herramienta que goza de valor jurídico para conservar el derecho creado por el Legislador. Asimismo, pasó de ser una doctrina aplicable únicamente en el marco del control de constitucionalidad, a una que se aplica en la actualidad a los procesos de tutela o de protección concreta de los derechos fundamentales.<sup>646</sup>

De igual forma, pareciera existir cuatro significados o connotaciones distintas en las Corte, relacionadas con el derecho viviente que en ocasiones suelen confundirse. La primera y mayormente aceptada, como una doctrina de carácter jurisprudencial de origen foráneo que se utiliza para controlar la constitucionalidad de las interpretaciones legales de los órganos judiciales de cierre; la segunda, como una doctrina de origen sociológico que pretende analizar cómo se aplica el derecho en la sociedad actual<sup>647</sup>; la tercera, como sinónimo de la *living*

---

<sup>644</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-005-18. MP. Carlos Bernal Pulido. Salvamentos de Voto de Cristina Pardo, Diana Fajardo, Alberto Rojas; Sentencia C-354-15. MP. Gabriel Eduardo Mendoza. Salvamentos de Voto de Mauricio González Cuervo, Isabel Cristina Jaramillo, Luis Guillermo Guerrero,

<sup>645</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-442-11. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de Voto de Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>646</sup> Sobre este último aspecto, pueden estudiarse las siguientes sentencias de tutela que utilizaron el derecho viviente para resolver los casos. La mayoría de éstos se generaron en el escenario de tutelas contra providencias judiciales por indebida interpretación de la ley o el desconocimiento del precedente vinculante. Ver sentencias SU-005-18 (área jurídica: laboral, tema: condición más beneficiosa); SU-214-16 (área jurídica: familia, tema: matrimonio igualitario); T-265-13 (área jurídica: administrativo, tema: nulidad y restablecimiento); T-248-08 (área jurídica: laboral, tema: pensiones); T-579-06 (área jurídica: comercial: sector bancario); T-389-06 (área: laboral, tema: debido proceso); T-950-06 (área jurídica: laboral, tema: pensiones); T-951-05 (área jurídica: administrativo, tema: nulidad y restablecimiento); T-836-04 (área jurídica: administrativo, tema: indebida interpretación de la ley y desconocimiento del precedente); T-666-03 (área jurídica: penal, tema: debido proceso).

<sup>647</sup> Ver los Salvamentos de Voto de Jaime Araujo Rentería en las sentencias Corte Constitucional. Sentencia C-901-03. MP. Rodrigo Escobar Gil, y Sentencia C-043/04. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*Constitution* o Constitución Viviente<sup>648</sup>; y la cuarta, como una extensión para aplicar el derecho convencional viviente o hacer control de convencionalidad.<sup>649</sup>

6-*El fomento del mal llamado “choque de trenes”*. Otro asunto que cobra principal relevancia tras la aplicación de la DDV en Colombia es el mal llamado “choque de trenes”. Por más que la Constitución colombiana de 1991 determinó en su Artículo 241 que a la Corte Constitucional le corresponde “la guarda e integridad de la Constitución”, no la ubicó como un Tribunal fuera de la Rama Judicial, y mucho menos en grado jerárquico superior a las demás Cortes como sí sucedió en países como Italia, por ejemplo.

A esto se suma que la Corte Constitucional no es la máxima intérprete de la ley sino de la Constitución. Por ello, autores como Salinas sostienen que la DDV, en parte, ha contribuido a fomentar el mal llamado “choque de trenes” entre las distintas Cortes en Colombia. Al estar todos los órganos de cierre al mismo nivel jerárquico, esta doctrina le ha permitido a la Corte Constitucional decir cuál es la interpretación de la ley que mejor se ajusta a la Constitución y por ende que los demás órganos deben seguir.

Según este autor, interpretaciones equivocadas, así como la no identificación del correcto derecho viviente en cada jurisdicción, ha llevado a la Corte a tomar decisiones que desconocen los fundamentos de las líneas jurisprudenciales de las demás Cortes, generando resistencia en el cumplimiento de las decisiones.<sup>650</sup>

## **2.5 Conclusiones y valoración personal**

La incorporación y posterior evolución de la doctrina foránea del Derecho Viviente en Colombia, ha dejado importantes repercusiones tanto en la jurisprudencia constitucional, como en el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta última sección desean presentarse algunas de las conclusiones más relevantes sobre lo expuesto, así como ciertas valoraciones personales al respecto.

---

<sup>648</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencias C-519-19. MP. Alberto Rojas Ríos (utilizada para determinar el orden de los apellidos de los hijos sin que sea primero el paterno) y C-SU-214-16. MP. Alberto Rojas Ríos (utilizada para confirmar que las parejas del mismo sexo tienen derecho al mismo contrato de matrimonio civil que las parejas heterosexuales).

<sup>649</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia. C-441-11. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Salvamento de Voto de María Victoria Calle.

<sup>650</sup> SALINAS, C. *El choque de trenes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos meta normativos en Colombia*. Óp. Cit. De igual forma ver principalmente las sentencias C-426-02 y C-569-04 que generaron fuertes enfrentamientos jurídicos con el Consejo de Estado en el marco de las doctrinas de los móviles y finalidades y la procedencia de la acción de grupo o clase.



En cuanto a su origen, los distintos autores citados suelen identificar tres diferentes procedencias. Una sociológica basada en los trabajos de Eugenio Ehrlich de comienzos del S.XX, la cual recibió fuertes críticas de autores como Hans Kelsen por identificar el derecho como un hecho, y confundir la ciencia del ser con la del deber ser; una segunda en la doctrina legal o probable establecida inicialmente por el Código Civil colombiano de 1873; y una tercera en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana de los años cincuenta.

No obstante, existe una alta claridad en que el origen más acertado para el desarrollo de la DDV en Colombia proviene netamente de la jurisprudencia constitucional italiana. Esta afirmación se sustenta, no sólo en las investigaciones citadas de autores como Quinche, Salinas, Aranda, Márquez, Téllez, Saavedra y Lozano, sino también en las citas expresas que se hicieron de ella en la Sentencia C-569-04, que a su vez confirmó la incorporación de esta doctrina en la C-557-01. De igual forma, la citación jurisprudencial de las obras de Zagrebelsky y Di Manno, son determinantes para atribuir el referido origen.

Como aspectos generales o comunes a concluir de la jurisprudencia que ha desarrollado la DDV, pueden mencionarse los siguientes. En primer lugar, menos del veinte por ciento (20%) de las sentencias proferidas entre los años 2001 y 2021 han declarado la inconstitucionalidad parcial o la exequibilidad condicionada del derecho viviente producido por las demás Altas Cortes de las distintas jurisdicciones. Esto es indicativo, al menos, de una aplicación adecuada por parte de la Corte, de los principios de conservación del derecho; la separación de jurisdicciones; y la autonomía judicial en la interpretación de la ley.

En segundo lugar, casi un cincuenta por ciento (50%) de las decisiones proferidas han declarado la constitucionalidad del derecho viviente producido por los órganos de cierre de las distintas jurisdicciones. Esto a su vez, resulta indicativo al menos de dos cosas; la primera, la reiteración de la conclusión anterior sobre el respeto y seguimiento de la Corte sobre ciertos principios relacionados con la actividad judicial; y la segunda, que la labor interpretativa de la ley que realizan los demás jueces en su mayoría de las veces es ajustada a la Constitución.

En tercer lugar, existe un treinta por ciento (30%) de fallos inhibitorios por ineptitud sustantiva de la demanda, los cuales se han producido por una indebida identificación del derecho viviente por parte del demandado. La mayor parte de las veces, esta identificación obedece a una interpretación subjetiva del mismo y no a la que realmente ha “vivido” al interior de cada órgano de cierre. Esto le ha permitido a la Corte auto restringirse y no subsanar la carga

argumentativa de la acción pública, al no identificar por su cuenta el derecho viviente objeto de control.

Por otro lado, vale la pena destacar algunos de los cambios encontrados en la evolución de la DDV desde la sentencia primigenia que permitió su incorporación, hasta los fallos más recientes proferidos en el año 2021. En primer lugar, pasó de ser una doctrina que surgió en el marco de la jurisprudencia consolidada y reiterada del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia fruto de la interpretación de la ley, a ser una que también tiene en cuenta para el control de constitucionalidad la creada por las demás Altas Cortes e incluso las interpretaciones de la Administración Pública.

Sobre este último punto, autores como Bernal han señalado que la Corte ha abierto la puerta para que operadores jurídicos diferentes a los jueces ordinarios creen derecho viviente, como lo sería el caso de la Autoridad Nacional de Televisión, catalogado en Colombia como un órgano autónomo e independiente. Tal fue el caso de la sentencia C-136-17 donde se planteó esta tesis y la Corte se inhibió para pronunciarse en la medida que no se cumplieron los requisitos establecidos por la jurisprudencia para la identificación derecho viviente. No obstante, la Corte aclara que los actos administrativos que carecen de fuerza material de ley, no pueden ser fuente de derecho viviente, pues éste únicamente se predica de la ley en sentido material.<sup>651</sup>

En segundo lugar, pasó de ser una doctrina aplicada en el control de constitucionalidad *directo*, esto es, cuando se demanda una disposición legal y su interpretación consolidada por una Alta Corte o la Administración Pública, a una doctrina de aplicación tanto en el control *indirecto*, es decir, cuando sólo se demanda la disposición legal, como también en los procesos de tutela contra providencias judiciales. Este último punto implica que la utilización de la DDV no es exclusiva del control abstracto de constitucionalidad sino también del desarrollo de la competencia de protección concreta a derechos fundamentales que ejerce la Corte.

En tercer lugar, y como fue indicado en este capítulo, entre los años 2014 y 2021 se han expedido muy pocas sentencias en el marco del control *directo* que realiza la Corte a las distintas interpretaciones judiciales, dejando cómo resultado ninguna declaratoria de inconstitucionalidad del derecho viviente. Lo anterior nos permite concluir al menos lo siguiente. En primer lugar, que existe una tendencia a la baja de demandar por

---

<sup>651</sup> Planteamientos de la demanda donde Carlos Bernal Pulido fungió como el actor de la acción pública de inconstitucionalidad. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-136-17. MP. Alejandro Linares Cantillo.

inconstitucionalidad el mencionado derecho viviente, probablemente porque al igual que en Italia, los jueces han dado una correcta aplicación al *principio de interpretación conforme*.<sup>652</sup>

En sentencias como la C-390-14 ya la Corte había dado suficiente claridad de cómo en el caso italiano la Corte de ese país abandonó la aplicación de la DDV y dio paso a este principio como actividad extendida y obligatoria para todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia e interpretar la ley. Al mismo tiempo, deja claro cómo la Corte Constitucional colombiana debe hacer lo mismo que su homóloga italiana y evolucionar en ese sentido.<sup>653</sup>

En segundo lugar, que esta tendencia a la baja ha tenido lugar por ser característico del fenómeno de la MIC descrito en los capítulos precedentes, que las Cortes Constitucionales locales den aplicación a doctrinas foráneas por un tiempo y propósito determinado, para luego ir diluyendo o cambiando su aplicación inicial. En el caso de la DDV en Colombia, la Corte ideó su incorporación para poder controlar que la labor interpretativa de los demás jueces estuviese acorde con la Constitución, y a su vez, para darle mayor vinculatoriedad a su propia jurisprudencia.

En cuanto a nuestra postura personal al respecto, se comparten las tesis de autores como Zagrebelsky quienes manifiestan que la DDV tiene una razón de ser y un significado que van más allá de la relación entre jurisprudencias y jurisdicciones, y es la ley, entendida en su interpretación jurisprudencial, y no como “la ley en los libros o códigos”. Queda claro que esta es una dimensión del derecho que hoy se impone a cualquier consideración en cuanto el derecho es con mayor frecuencia creado por el juez, en lugar del legislador.<sup>654</sup>

---

<sup>652</sup> Sobre el significado, evolución y aplicación de este principio, ver: Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-273-99, C-1189-00, T-982-01, T-248-03, C-878/-1, C-967-12, C-103-15.

<sup>653</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-390-2014. MP. Alberto Rojas Ríos. “En efecto, si el derecho viviente se traduce en una lesión a principios y normas constitucionales es necesario examinar la posibilidad de dar una lectura diferente que no avale la vulneración a la Constitución, viéndose obligado el juez constitucional a proponer una interpretación en contraste con la seguida por la jurisprudencia. Así evolucionó en su momento, por ejemplo, la Corte Constitucional Italiana, en cuyo seno se encuentra el origen de la doctrina del derecho viviente. La jurisprudencia constitucional italiana, ha avanzado hacia el abandono de la doctrina del derecho viviente en favor de la interpretación conforme a la constitución optando por pronunciamientos de interpretación conforme (*adeguatrice*) ya que ha reconocido claramente que el derecho viviente no equivale necesariamente a derecho conforme a la Constitución”. Ver también Sentencias como la C-987-05 y C-893-12 donde se menciona este principio en el marco de la aplicación de la DDV.

<sup>654</sup> ZAGREBELSKY, G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. Óp. Cit. págs. 341-354.

El mismo autor plantea que la jurisprudencia o derecho viviente, se convierte en el lugar del derecho más importante para los destinatarios de este. El retardo con el que el Legislador opera hace que los jueces no quieran renunciar a su labor de administrar justicia en el caso en concreto. Los jueces utilizan los principios constitucionales para determinar las reglas jurídicas vivientes en la que el Legislador está en muchas ocasiones ausente, tanto que se habla de la suplencia judicial de la inercia del legislador.<sup>655</sup>

Adicionalmente, la aplicación de la DDV sigue poniendo en cuestionamiento nuestro sistema de derecho continental en donde la ley es fuente primaria del derecho y el resto son secundarias. Los jueces son los que terminan resolviendo los casos y el legislador pasa a un segundo plano, pues con independencia de lo que diga la ley, son éstos quienes fijan su alcance y aplicación. No obstante, sobre este punto la Corte ha desarrollado ya una importante jurisprudencia desde la ya citada sentencia C-836-01.

Por otra parte, se considera que para que exista un mayor respeto por los principios de autonomía e independencia judicial al interior de la propia Rama Judicial; y la seguridad jurídica en la aplicación de la ley; así como la unificación de las interpretaciones judiciales, la Corte Constitucional debería utilizar la DDV en todos los juicios de constitucionalidad que realice, con la finalidad de no construir una norma hipotética basada en el análisis de precedentes aislados. Esto evitaría los mal llamados “choques de trenes” entre Altas Cortes, y permitiría saber a ciencia cierta si los jueces están realizando interpretaciones contrarias a la Constitución.

Si bien es cierto que garantizar la vigencia efectiva de la Constitución, incluye, bajo ciertos parámetros verificar que los jueces y demás autoridades interpreten y apliquen las leyes en armonía con las prescripciones superiores, lo que se observa de la jurisprudencia analizada es que la Corte utiliza buena parte de su discrecionalidad para aplicar la DDV e identificar el derecho viviente en cada caso en concreto. Esto sin contar lo que ya se refirió sobre la aplicación del *principio de interpretación conforme*. En este sentido, el juez constitucional, fruto del control de constitucionalidad sobre el derecho viviente, se ha convertido también en el máximo intérprete de la ley, sin tener en cuenta a las otras jurisdicciones.

---

<sup>655</sup> *Ibíd.*

### 3. Doctrina foránea del “Bloque de Constitucionalidad”: su incorporación y aplicación en Colombia

#### 3.1 El origen de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad para Colombia puede situarse en la doctrina del mismo nombre creada por el Consejo Constitucional francés

Como se anunció en la introducción de este capítulo, Uprimny y Ramelli, en concordancia con otros autores, sitúan en la doctrina francesa, así como en la jurisprudencia del Consejo Constitucional de ese país, el origen de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad para Colombia - en adelante DBC.<sup>656</sup> Como se detalla en el acápite siguiente, esta fue incorporada a través de la sentencia C-225-95, y en términos generales plantea la existencia de disposiciones y normas jurídicas que no se encuentran expresamente en el texto de la Constitución pero que hacen parte material del mismo.<sup>657</sup>

Tal y como lo expone Suel-Cock, la noción de *bloque de constitucionalidad* fue utilizada por primera vez por la doctrina francesa, concretamente por Louis Favoreu, para explicar la Decisión DC-71-44 emitida el 16 de julio de 1971 por el Consejo Constitucional francés.<sup>658</sup> En ese trabajo, Favoreu daba cuenta de una decisión que a su consideración fue innovadora por parte de este órgano, pues declaró inconstitucional una disposición legislativa sobre el régimen de asociaciones de 1901, a partir de su confrontación con la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y no únicamente respecto de la Constitución de 1958.<sup>659</sup>

---

<sup>656</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Págs. 1-10; FAVOREU, L. *El bloque de constitucionalidad*, Óp. Cit.; FAVOREU, L. *Los tribunales constitucionales*. Óp. Cit.; PARDO, J. *El Consejo Constitucional Francés*. Óp. Cit.; TOBÓN, M.; MENDIETA, D. El (des) control de constitucionalidad en Colombia. Óp. Cit.; RAMELLI, A. *Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia*. Cuadernos de Derecho Constitucional. Ámbito Jurídico. Brasil. 2011; SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Revista Universitas No. 133, 2016. Págs. 301-382.

<sup>657</sup> Como orígenes generales y no para el caso colombiano, autores como Uprimny sostienen que la idea material de bloque de constitucionalidad puede ser tan antigua como la justicia constitucional misma. Remonta sus orígenes al derecho constitucional norteamericano, y cita como ejemplo LA Enmienda No. XIV según la cual “ningún Estado puede privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”, lo que dio como resultado el *derecho al debido proceso sustantivo* integrado por una serie de reglas y garantías que no se encuentran dentro de la Constitución. Ver: UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Pág. 6.

<sup>658</sup> El trabajo donde se expone esta noción es FAVOREU, L. *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Mélanges, Éditions Cujas, Paris, 1975. Págs. 33-48. citado por SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 311.

<sup>659</sup> FAVOREU, L., LOIC, P. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1986. Págs. 239-254. Ver igualmente: Conseil Constitutionnel, Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1 juillet 1901 relative au contrat d'association, Journal Officiel, 18 juillet 1971,

Con esta decisión, el Consejo Constitucional amplió el parámetro de constitucionalidad de las leyes, al tener en cuenta elementos y cuerpos normativos que resultaban importantes para su ordenamiento constitucional pero que no se encontraban expresamente dentro del texto constitucional. Para el caso en concreto de la Decisión DC-71-44, el Consejo justificó la aplicación de la Declaración dada la evocación directa que de ella hace el preámbulo constitucional. De igual forma sucedió con la Decisión 73-51 DC del 27 de diciembre de 1973 que invalidó la Ley de Finanzas.<sup>660</sup>

Según lo expone Uprimny, lo más destacable de estas sentencias es que constituyeron una verdadera “revolución constitucional” por dos motivos principales. En primer lugar, porque las competencias dadas al Consejo Constitucional fueron muy limitadas y destinadas a asegurar las prerrogativas del Ejecutivo frente al Parlamento con el fin de evitar sus excesos; y segundo, porque fue la propia Constitución de 1958 la que no quiso darle fuerza vinculante a dicho preámbulo.<sup>661</sup>

Por otro lado, Favoreu y Llorente explican que la noción de *bloque de constitucionalidad* nació dado que en el derecho administrativo francés ya existía la noción de *bloque de legalidad*, y toda vez que el Consejo Constitucional utilizó en su principio la de “reglas y principios de valor constitucional”. En este sentido, se apoyaron sobre este término para referirse a la unidad de cuerpos normativos constitucionales que, a pesar de no estar expresamente consagrados en la Constitución, debían tenerse en cuenta al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes por parte del Consejo Constitucional.<sup>662</sup>

Suelt-Cock explica cómo en las primeras decisiones proferidas por el Consejo Constitucional francés en los años 70, se fueron identificando, gracias a esta doctrina, ciertos principios constitucionales como la separación de poderes y la continuidad de los servicios públicos, con el fin de que hicieran parte integral de la Constitución, y sirvieran como

---

citado por SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 311.

<sup>660</sup> Esta idea de la ampliación de los parámetros de control de constitucionalidad también es compartida por Uprimny en UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Pág. 7. Por otro lado, ver el fallo mencionado en: Francia, Conseil Constitutionnel, Décision 73-51 DC du 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, Journal Officiel, 28 décembre 1973.

<sup>661</sup> El preámbulo dice lo siguiente: “(...) el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.” UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Pág. 6.

<sup>662</sup> FAVOREU, L., LLORENTE, R. *Bloque de constitucionalidad*, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995. Pág. 20.

parámetro de constitucionalidad de las leyes. No obstante, autores como Lochak se constituyeron en su momento como fuertes críticos de su uso dada la alta discrecionalidad del juez al momento de integrar el denominado bloque.<sup>663</sup>

En los años 80, con la llegada de magistrados como Georges Vedel al Consejo Constitucional, se asumieron posturas más conservadoras y mesuradas en la aplicación de la DBC, con el fin de evitar un posible “gobierno de los jueces” dada la alta discrecionalidad para definir las fuentes del derecho constitucional aplicables al control. En consecuencia, empezaron a establecerse sus límites a través de figuras jurídicas como el *bloque en stricto sensu*, consistente en determinar los únicos cuerpos normativos que verdaderamente lo integrarían.

Entre éstos se definieron los siguientes: la Constitución de 1958 (artículos 1-92); el Preámbulo de la Constitución de 1946; la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789; y las leyes de la República cuando establecieran principios fundamentales. En este último caso, deberían cumplir ciertos requisitos como que se hubiesen expedido en el marco de la tradición republicana francesa y no bajo otros regímenes constitucionales. De igual forma, se identificaron ciertos cuerpos normativos que no harían parte del Bloque, tales como los principios generales del derecho; los reglamentos de las asambleas; las normas internacionales; y las leyes orgánicas.<sup>664</sup>

Como conclusión de la experiencia francesa, Favoreu afirma que con la creación de la DBC, el juez constitucional francés logró “(...) lo que en dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados”.<sup>665</sup> Así mismo lo considera Uprimny, quien afirma, citando a Favoreu, que en un principio la noción de *bloque de constitucionalidad* era vaga e imprecisa, pero que poco a poco se fue llenando de contenido y siendo de importante aplicación.<sup>666</sup>

A pesar de no presentarse mayor discusión sobre el origen francés de la DBC dentro la Corte Constitucional y doctrina colombiana, ciertos autores como Barbosa y Otero, han

---

<sup>663</sup> SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 312.

<sup>664</sup> Citando a Favoreu y a Llorente, Suelst-Cock identifica los contenidos normativos concretos del Bloque de Constitucionalidad en Francia. Ver SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 313.

<sup>665</sup> FAVOREU, L., LLORENTE, R. *Bloque de constitucionalidad*, Óp. Cit. Pág. 42.

<sup>666</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Pág. 6.

planteado la posibilidad de que su origen puede complementarse con la doctrina del derecho de gentes vigente en el derecho constitucional colombiano del S.XIX. Concretamente se hace alusión al artículo 91 de la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, también denominada como “Constitución de Rionegro” por el lugar geográfico donde se celebró su convención y posterior expedición.<sup>667</sup>

El mencionado artículo dispuso lo siguiente: “Artículo 91.- El Derecho de gentes hace parte de la Legislación nacional. Sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a esta por medio de Tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas”.<sup>668</sup> Esto significó que, por primera vez en Colombia se acogían materialmente cuerpos normativos no dispuestos en la Constitución, para que hicieran parte del ordenamiento constitucional.

En virtud de esta disposición, y de la aplicación de la doctrina existente del derecho de gentes, se puso fin a las numerosas guerras civiles al interior de Colombia, e incluso a conflictos internacionales con países limítrofes. Por lo anterior, los mencionados autores ven en este artículo una cláusula de remisión que cumplía la misma función que cumple hoy el artículo 93 de la Constitución de 1991, el cual le permitió a la Corte Constitucional edificar la DBC que se describe en los acápites subsiguientes.

### **3.2 Incorporación en Colombia de la doctrina jurisprudencial foránea del Bloque de Constitucionalidad**

La DBC fue incorporada en Colombia por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-225-95, que realizó el control de constitucionalidad del “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”, y de la Ley 171 de 1994, por medio de la cual se aprobó dicho protocolo. La Corte formuló el siguiente problema jurídico: ¿Cómo armonizar el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el

---

<sup>667</sup> BARBOSA, F. *Del derecho de gentes al derecho humanitario en Colombia, 1821-1995: debate sobre una idea constitucional*. Serie Temas de Derecho Público. No. 88. Universidad Externado de Colombia. 2013. Págs. 17-59; OTERO, I. *La aplicación del derecho de gentes en la Constitución de 1863*. Serie Tesis de Grado. No. 68. Universidad Externado de Colombia. 2014.

<sup>668</sup> Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863. Artículo 91. Disponible en: [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=13698](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=13698)



orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4° que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?<sup>669</sup>

Según Vega, el primer acercamiento de la Corte en la aplicación de normas supranacionales al orden jurídico interno se dio en las sentencias T-409-92 y C-574-92, al determinarse que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional.<sup>670</sup> De igual forma puede señalarse la sentencia C-295-93, donde se dio aplicación al artículo 93 constitucional, dándole prevalencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos que Colombia había firmado y ratificado.<sup>671</sup>

No obstante, sólo hasta la C-225-95 la Corte utilizó el concepto de *bloque de constitucionalidad* para armonizar el derecho interno con el derecho internacional y para referirse “(...) a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.<sup>672</sup>

La finalidad de utilizar la DBC fue la de establecer cuál debía ser el lugar jerárquico de las normas de derecho humanitario que no podían ser suspendidas en los estados de excepción conforme al artículo 93 constitucional que dispone lo siguiente: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los

---

<sup>669</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>670</sup> VEGA, J. *El bloque de constitucionalidad, la justicia y la seguridad jurídica implícitos en la configuración del funcionario de hecho*. Revista Derecho y Políticas Públicas. No. 21. Junio de 2015. Pág. 93.

<sup>671</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias T-409-92. MP. Alejandro Martínez Caballero; C-574-92; MP. Fabio Morón Díaz; C-295-93; MP. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>672</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. MP. Alejandro Martínez Caballero. Este mismo precedente sigue ratificándose por la Corte veinticinco (25) años después de su expedición. Muestra de ellos es la sentencia C-069-20. MP. Cristina Pardo, que da cuenta del análisis realizado en su momento para incorporar la DBC: “(...) al analizar la constitucionalidad del Protocolo II en la Sentencia C-225 de 1995, la Corte cambió su jurisprudencia, para superar una aparente antinomia entre el artículo 4°, que dispone la supremacía de la Constitución, y los artículos 93 y 214. Para ello decidió darle al derecho internacional humanitario un valor equivalente al de las normas constitucionales. **Con tal propósito acudió al concepto de bloque de constitucionalidad, originalmente adoptado por el Consejo Constitucional francés para integrar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre al texto constitucional de la V República. Para fundamentar jurídicamente esta incorporación,** la Corte recurrió a tres fundamentos jurídicos distintos. Por un lado, se basó en el mismo numeral 2° del artículo 214 ya mencionado, por el otro, en el artículo 93 (...). Así mismo, se basó en que el derecho internacional humanitario contenido en el Protocolo II era, no sólo la codificación de una costumbre internacional preexistente, sino parte del *ius cogens*, es decir, de las normas de derecho internacional imperativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados”. (Negrilla y subraya fuera de texto).

derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)”.<sup>673</sup>

En virtud de lo anterior, la Corte consideró que tanto el Protocolo como su ley aprobatoria se ajustaban a los valores de la Constitución, y además, que por mandato expreso de la misma, el derecho internacional y las reglas de derecho humanitario prevalecen en el orden interno. De acuerdo con lo anterior, estas reglas conforman un bloque o una unidad con la propia Constitución que no pueden ser suspendidas en los estados de excepción, y a su vez, que son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.

Al referirse a su origen, la Corte consideró que la noción de *bloque de constitucionalidad* proviene del derecho francés y que ha hecho carrera rápidamente en el derecho constitucional comparado. Agregó que esta doctrina permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de la Constitución.<sup>674</sup> Vale la pena transcribir la cita expresa que realiza la Corte para explicar el origen de la DBC, su finalidad y aplicación:

“Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946”.<sup>675</sup>

Como puede advertirse, el origen de la DBC es netamente francés, a pesar de que como se comentó en el acápite precedente a nota de pie de página, este puede ser tan antiguo como el mismo control de constitucionalidad. Esta sentencia se convirtió el precedente aplicable

---

<sup>673</sup> *Ibíd.* Fundamento No. 12.

<sup>674</sup> Para fundamentar el origen de esta doctrina para Colombia, en la referencia 23 de la sentencia C-225-95, se citan expresamente los trabajos de Louis Favoreu “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.*, No 5 pp 46 y ss; y el de Javier Pardo Falcón. “El Consejo Constitucional Francés”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp 115 y ss.

<sup>675</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. MP. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento No. 12.

desde su expedición, y fue reiterada en los mismos términos en sentencias posteriores como la C-578-95 y C-358-97. No obstante, desde la C-191-98 la Corte dejó de citar los precedentes franceses para referirse en exclusiva a una reiteración de la C-225-95, como lo es propio del fenómeno de la MIC estudiado en capítulos anteriores.

Por otro lado, autores como Uprimny, afirman que la DBC puede definirse como “un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional”. En este sentido, y siguiendo a Bidart, este autor afirma que la vinculatoriedad de estas normas se da por expreso mandato de la Constitución como fuente suprema del ordenamiento jurídico.<sup>676</sup>

Adicionalmente, puede decirse que, la noción misma del *bloque de constitucionalidad*, parte de tener en cuenta que las Constituciones son códigos abiertos que pueden hacer remisiones, tanto expresas como tácitas, a otras reglas y principios no contenidos formalmente en las mismas, pero que tienen relevancia y vinculatoriedad porque así lo ordenan o lo permiten.

### **3.3 Evolución y aplicación de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana**

Desde la sentencia C-225-95 que incorporó la DBC en Colombia, se han proferido más de cuatrocientos (400) fallos que permiten examinar cómo ha sido su evolución y aplicación a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta se ha pronunciado tanto en autos, como en sentencias de constitucionalidad y de tutela, que han decantado su concepto; naturaleza; sus funciones; los cuerpos normativos que lo integran; y sus dificultades de aplicación. Al existir tantos pronunciamientos al respecto, se ha organizado su exposición en tres etapas distintas que permitirán comprender los distintos elementos mencionados.<sup>677</sup>

Se vuelve hacer alusión precisa a que la esencia del fenómeno de la MIC es que las ideas puedan cambiar, adaptarse y transformarse parcial o totalmente a como fueron concebidas originalmente. De lo contrario, como lo afirmó Choudhry, se incurriría en los fenómenos del trasplante, la imitación o el borrowing, donde eventualmente podría predicarse una estaticidad

---

<sup>676</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Pág. 3.

<sup>677</sup> Esta información estadística es fruto del presente trabajo de investigación.

de la idea. Por ello, la migración se concreta en que la doctrina no regresará a su dueño; también en que no existe conocimiento y autorización previa del creador de la idea, así como tampoco la construcción de un eventual diálogo entre las Cortes locales como lo sería en este caso.<sup>678</sup>

Como fue precisado en la introducción de este Capítulo, el objetivo de esta sección se concentra en analizar cómo la DBC, evolucionó y se desarrolló al interior de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Dicho lo anterior, a continuación, se ilustran y analizan por etapas los casos más emblemáticos o representativos que han podido evidenciarse durante los últimos veintiséis años de jurisprudencia, en torno a la evolución de la DBC. Nuevamente, la selección de estos obedece a criterios que nos han permitido entender cómo se ha aplicado y evolucionado de manera general, así como sus alcances y repercusiones más importantes dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

### **3.3.1 Primera etapa de evolución: la incorporación y el asentamiento de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (1995-2005)<sup>679</sup>**

Autores como Arango y Uprimny, afirman que, antes de la incorporación formal de la DBC a través en la sentencia C-225-95, ya existían aplicaciones materiales de la misma gracias a las cláusulas constitucionales de reenvío establecidas en los artículos 53 y 93 sobre la prevalencia de los derechos humanos en el orden interno; el 94 sobre la dignidad humana y los derechos innominados; y el 214 sobre la prohibición de suspender los derechos humanos durante los estados de excepción.<sup>680</sup>

Cuatro decisiones sostienen esta afirmación: i) la sentencia T-002 -92 que determinó el criterio de remisión del artículo 93 para identificar un derecho fundamental; ii) la sentencia T-

---

<sup>678</sup> CHOUDHRY, S. *The Migration of Constitutional Ideas*. Óp. Cit. Pág. 21-22.

<sup>679</sup> Las principales sentencias que se expidieron en esta primera etapa son: C-225/95, C-423/95, C-578/95, C-423-95, C-600A-95, C-191/98, C-136-96, C-708/99, C-358-97, C-191-98, C-327-97, C-568-99, C-582-99, A. 078A/99, T-256-00, C-774-01, C-200-02, C-067-03. Una buena exposición de algunas de las sentencias citadas en esta etapa puede complementarse en: ARANGO, M. *El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Precedente. 2004. Págs. 79-102; UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Págs. 10-13.

<sup>680</sup> Una situación similar no podría predicarse antes de la Constitución de 1991, pues la Corte Suprema de Justicia fue muy reticente en declarar como inconstitucionales, leyes que fueran contrarias a tratados internacionales de derechos humanos. Autores como Uprimny explican que esto se daba por la inexistencia de cláusulas de apertura en la Constitución de 1886. Al respecto se cita dos casos emblemáticos que dan de esta postura: i) una demanda contra una ley por violar el pacto de los DESC, la cual fue negada (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 23 de marzo de 1973, MP. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial No 2390-2391, p 105); y ii) una demanda contra un decreto que violaba los convenios de la OIT, que a su vez se negó (sentencia de agosto 15 de 1985, MP. Carlos Medellín y la sentencia No. 58 del 10 de diciembre de 1981, MP Carlos Medellín, Ricardo Medina Moyano y Luis Carlos SÁCHICA, Gaceta Judicial No 2405, pp 503 y ss.) UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Págs. 11-12.

409-92 que invocó los Convenios de Ginebra para establecer los límites de la obediencia debida de los militares; iii) la sentencia C-574-92 que examinó la constitucionalidad del Protocolo I a los Convenios de Ginebra y expresó que tenían un carácter supraconstitucional; y iv) la sentencia T-426-92, que tuvo en cuenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto de los DESC para reconocer un derecho que no consagrado directamente en la Constitución, el cual fue el mínimo vital.<sup>681</sup>

No obstante, sólo tras la expedición de la Sentencia C-225-95 se pudo ratificar la interpretación de que en Colombia las normas de Derecho Internacional Humanitario (DIH) prevalecen en el orden interno y pertenecen a la categoría de *ius cogens*. Estas integran un bloque de constitucionalidad con las demás disposiciones constitucionales y legales que regulan los estados de excepción, el cual no puede desconocerse.<sup>682</sup> De acuerdo con lo anterior, y en virtud de la DBC, la Corte empezó a determinar en su jurisprudencia que, dado este rango constitucional, todas las normas producidas en el ordenamiento deben adaptarse al BC, con el fin de armonizar su aplicación.<sup>683</sup>

Asimismo, en esta primera etapa resulta importante destacar la delimitación que hizo la Corte sobre los tratados que a ciencia cierta integran el bloque de constitucionalidad, y aquellos que no. Al respecto, determinó que sólo los tratados y convenios internacionales que reconozcan y garanticen derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción harían parte del bloque.<sup>684</sup> Por el contrario, aquellos que versaran sobre derechos de carácter económico, fiscal, aduanero, monetario y de integración, debían ser excluidos por no

---

<sup>681</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Págs. 13-18.

<sup>682</sup> Siguiendo lo establecido en la ley estatutaria de estados de excepción, la Corte ratificó cuáles derechos se consideran intangibles, incluso en estados de excepción: “el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas civiles; el derecho al hábeas corpus y el derecho de los colombianos por nacimiento a no ser extraditados. Tampoco pueden ser suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Corte Constitucional. Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>683</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-135-96 MP: Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero, Antonio Barrera Carbonel.

<sup>684</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-582-99 MP: Alejandro Martínez Caballero.

encontrarse en el supuesto de hecho del artículo 93 constitucional, y puesto que su objeto no es el reconocimiento y la protección de derechos humanos.<sup>685</sup>

En esta primera etapa es muy importante la bifurcación que se hace del concepto de BC, que hasta entonces era entendido como uno sólo. En sentencias como la C-191-98 se distingue entre Bloque en *stricto* y *lato sensu*. El primero de ellos se encuentra conformado por aquellas normas y principios de rango constitucional que se pueden encontrar expresamente en la Constitución, y por aquellos tratados internacionales de derechos humanos que prohíben su limitación en los estados de excepción harían parte del bloque.

El segundo, por su lado, se encuentra compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, dentro de las cuales se encuentran las leyes orgánicas; estatutarias; la propia Constitución; y los tratados internacionales de que trata el artículo 93, así como los que establecen límites fronterizos o territoriales.<sup>686</sup>

A modo de síntesis, hasta esta primera etapa el BC se integraba por los tratados internacionales de derechos humanos que reconocieran derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción; las leyes orgánicas; las leyes estatutarias atinentes a los estados de excepción y otras de diversas materias siempre y cuando lo ordenara precisa y estrictamente la Constitución; y los tratados sobre límites fronterizos de que trata el artículo 101 constitucional.<sup>687</sup>

Asimismo, en sentencia T-483-99 sostuvo que el preámbulo de la Constitución también hace parte del bloque de constitucionalidad ya que permite definir los fundamentos básicos y propósitos que confluyen a la conformación del Estado colombiano. En esta línea la Corte defendió “(...) la concepción jurídica según la cual el Derecho no se agota en las normas y, por ende, el Constitucional no está circunscrito al limitado campo de los artículos que integran una Carta Política.”<sup>688</sup>

En este asentamiento, resulta importante mencionar que, así como la Corte le dio vinculatoriedad a los tratados internacionales sobre derechos humanos que no podían limitarse

---

<sup>685</sup> Ver principalmente las sentencias C-582-99 MP: Alejandro Martínez Caballero, y T-256-00 MP: José Gregorio Hernández.

<sup>686</sup> Especialmente, ver las sentencias C-578-95, C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y C-708-99 MP: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>687</sup> Colombia. Corte Constitucional. sentencias C-225-95, C-578-95, C-327-97, C-337-93, C-423-95, C-600A-95, C-287-97, C-578-95, C-358-97, C-191-98.

<sup>688</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-483-99. MP. Antonio Barrera Carbonell.

en los estados de excepción, también lo empezó hacer con la jurisprudencia emitida por los órganos internacionales competentes para su protección. Tal fue el caso de la sentencia T-568-99, por ejemplo, que integró al BC las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical como órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>689</sup>

Asimismo, fue determinante el nuevo alcance que la Corte le otorgó al segundo inciso del artículo 93 que dispone lo siguiente: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En virtud de lo anterior, la Corte interpretó que, si bien el BC lo integran sólo los tratados sobre derechos humanos que no son susceptibles de ser limitados en estados excepción, los derechos fundamentales de la Constitución se interpretan conforme a todos los tratados de derechos humanos y no únicamente de acuerdo con los que no pueden ser limitados en estos estados.<sup>690</sup>

Por último, desea destacarse de esta primera etapa, que gracias a pronunciamiento como los de la sentencia T-512-03, la Corte amplió el concepto de Constitución al catalogar que todos los derechos fundamentales en ella consagrados, debían interpretarse a la luz de la Carta Internacional de Derechos Humanos, integrada por los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que hacen parte del BC. Esto sirvió para ampliar el catálogo de derechos fundamentales que en principio solo estaban establecidos en el Capítulo I del Título II.<sup>691</sup>

### **3.3.2 Segunda etapa de evolución: la complejización de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad (2004-2013)**

En esta segunda etapa puede evidenciarse que la DBC ya está asentada en la jurisprudencia constitucional colombiana y cuenta con diez años de aplicación. No obstante, no puede hablarse de una doctrina totalmente consolidada, sino de una en constante construcción y evolución. Esto se debe a que la generalidad de los fallos proferidos en esta etapa, contribuyeron a su complejización a través de la inclusión de nuevas interpretaciones

---

<sup>689</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-568-99. Esta posición fue reiterada en los años subsiguientes, en sentencias como la C-200-02 MP: Álvaro Tafur Galvis; y C-067-03 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>690</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774-01 MP: Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-067-03 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>691</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-512-03. MP. Eduardo Montealegre Lynet.

sobre el BC en sentido *stricto y lato*; la ampliación del rango de protección de los derechos fundamentales; y la configuración de nuevas funciones, así cómo de su alcance.

En primer lugar, vale la pena destacar sentencias como la C-028-06 que aportaron a generar una reconceptualización del BC como una herramienta que le permite a la Constitución adaptarse a los cambios sociales y desafíos internacionales. Asimismo, se determinó que el bloque sirve como un mecanismo interpretativo para armonizar las distintas interpretaciones en el ordenamiento jurídico local, y cómo un límite a la libertad de configuración legislativa del Legislador.<sup>692</sup>

A pesar que el artículo 93 constitucional dispone que los tratados internacionales ratificados por Colombia, que consagren derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, en esta misma sentencia se dejó claro que la pertenencia de una determinada norma internacional al BC no puede ser interpretada en términos de prevalencia sobre la Constitución, sino que por el contrario, debe realizarse una interpretación armónica y sistemática entre las disposiciones jurídicas de diverso origen.<sup>693</sup>

De igual forma, la Corte se apoyó de la DBC para ampliar el rango de protección de los derechos dentro del ordenamiento, y declarar la autonomía de ciertos de ellos como fundamentales. Pronunciamientos como la T-539-06<sup>694</sup> y la T-760-08<sup>695</sup>, declararon el derecho a la seguridad social y a la salud como fundamentales respectivamente. En el segundo caso, la Corte adoptó como parte del BC la Observación General No. 14 del 11 de agosto de 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que así lo disponía.

En cuanto a las funciones principales de las normas que integran el BC, y por ende, del bloque mismo, la sentencia C-291-07 definió las siguientes: en primer lugar, una *función interpretativa* consistente en poder identificar y precisar el alcance de las distintas normas constitucionales; y por otro lado, una *función integradora* al constituirse como un parámetro de control de constitucionalidad directo cuando no existen disposiciones constitucionales expresas en virtud de lo dispuesto en las cláusulas de remisión o reenvío 53, 93 y 94 de la Constitución.<sup>696</sup>

---

<sup>692</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-187-06. MP. Clara Inés Vargas-Hernández.

<sup>693</sup> Esta misma posición va a ser ratificada en los fallos más recientes como la SU-146-20.

<sup>694</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-539-09. MP. Humberto Sierra Porto.

<sup>695</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760-08. MP. Manuel José Cepeda.

<sup>696</sup> Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-291-07. MP. Jaime Córdoba Triviño. Esta posición ha sido reiterada en fallos posteriores y recientes como la SU-146-20. MP. Diana Fajardo Rivera.



Córdoba y Castro consideran que, a pesar de que estas dos funciones parecen ser claras, la jurisprudencia de la Corte parece encontrar dificultad en poder determinar cuáles normas integran verdaderamente el BC, y las consecuencias concretas que se derivan de esta incorporación. Este autor cita como ejemplo los principios de las personas en situación de desplazamiento forzado, y da cuenta de cómo los primeros fallos dijeron que sí hacían parte del bloque no obstante ser catalogados como derecho blando o *soft law*. Sin embargo, en la T-025-04 que tuteló de forma estructural los derechos de las víctimas del desplazamiento armado, se dijo que sólo tenían un carácter interpretativo.<sup>697</sup>

Esta última posición se reiteró en futuros fallos de temas distintos como el que despenalizó del aborto, sentencia C-355-06; y el que declaró la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, que permitió el proceso de paz con los paramilitares, sentencia C-370-06. En estos últimos fallos, se afirmó que los principios internacionales que conforman el denominado *soft law*, no son parte del bloque, pero sirven como un criterio interpretativo para determinar el alcance de las obligaciones de los Estados.<sup>698</sup>

Para complejizar más el asunto, en sentencias inmediatamente posteriores, como lo fue la T-821-07, la Corte volvió a predicar su postura inicial al afirmar que no sólo los “Principios Deng” hacían parte del BC, sino también los de “restitución de vivienda y patrimonio” con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos (“principios Pinheiro”). En un sentido similar, en la sentencia C-750-08, la Corte concluyó que los tratados internacionales económicos, comerciales o del derecho comunitario de la Comunidad Andina no hacen parte del BC, salvo que regulen de forma directa y explícita un derecho humano, como es el caso de la Decisión 351 de 1993 sobre derechos de autor y conexos.<sup>699</sup>

En fallos posteriores como la C-488-09, esta diversidad de criterios para integrar el BC continuó al señalarse que las normas consuetudinarias del DIH hacen parte del mismo por regla general, pero las del derecho penal internacional no, salvo que guarden relación directa con la protección de derechos humanos o DIH, como lo serían ciertos artículos del Estatuto de Roma y de la Convención sobre Genocidio.<sup>700</sup> Asimismo ocurrió con la sentencia T-042-09 que

---

<sup>697</sup> Las sentencias que confirmaron su integración al bloque fueron T-237-01, T-268-03- T-419-03, y T-602-03, y luego en la T-025-04 se afirmó lo contrario. CÓRDOBA, J., CASTRO, L. *Bloque de constitucionalidad y derecho blando en Colombia: un asunto no resuelto*. Legis. 2019. Pág. 2.

<sup>698</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355-06. MP. Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas; Sentencia C-370-06. MP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.

<sup>699</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencias C-1118-05, C-864-06, C-155-07, C-502-07, C-809-07 y C-750-08.

<sup>700</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-488-09. MP. Jorge Iván Palacio.

integró al BC los principios rectores de los desplazamientos internos, consagrados en el Informe del representante especial del entonces Secretario General de Naciones Unidas para el tema de los desplazamientos internos de personas.<sup>701</sup>

Asimismo, ocurrió en la sentencia T-653-12 la cual determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no hacía parte del bloque en *stricto sensu*, pues su efecto era tipo “(...) general como criterio hermenéutico para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”. Igualmente, que servía como un “(...) criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos”.<sup>702</sup> Este pronunciamiento es contradictorio con sentencias como la T-569-99 citada en la etapa anterior.

Por último, en la sentencia C-664-13, la cual controló la constitucionalidad del “Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares, y de medios bacteriológicos”, firmado en Ginebra el 17 de Junio de 1925, y de la Ley 10 de 1980, aprobatoria del mismo, la Corte determinó qué normas hacen parte del BC en uno y otro sentido así: (i) las que ostentan rango constitucional, como los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, y las del derecho internacional humanitario (*stricto sensu*); y ii) las que a pesar de no tener rango constitucional configuran parámetros para examinar la validez constitucional de las normas sujetas a control las leyes estatutarias, las leyes orgánicas y algunos convenios internacionales de derechos humanos (*lato sensu*).<sup>703</sup>

### **3.3.3 Tercera etapa de evolución: ¿hacia la inseguridad jurídica? (2013-2021)**

Fruto de la complejización que vivió la DBC durante la etapa descrita en el acápite anterior, actualmente podría plantearse la existencia de una etapa que se acerca mucho a la inseguridad jurídica sobre cómo se integra o conforma el BC, y cuál sería su respectivo alcance. Autoras como Suelst-Cock afirman que el uso de expresiones por parte de la Corte como “hace parte tácitamente del bloque” o hace parte “indirecta del bloque”, así como las contradicciones

---

<sup>701</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-042-09. MP. Jorge Iván Palacio.

<sup>702</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-653-12. MP. Jorge Iván Palacio.

<sup>703</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-664-13. MP. Alberto Rojas Ríos.

entre las sentencias y los cambios de línea jurisprudencial sin la suficiente justificación, son frecuentes y generan esta vicisitud.<sup>704</sup>

De igual forma lo plantean Córdoba y Castro, quienes consideran que la Corte debe definir el alcance de las expresiones “parámetro”, “herramienta”, “criterio”, y “relevante de interpretación”, para saber a ciencia cierta qué integra o no el BC y cuál sería su alcance dada la bifurcación existente entre aquellas normas de rango constitucional y las que sirven como parámetro de control de constitucionalidad. Estos autores ven con preocupación que la Corte esté otorgando rango constitucional a las recomendaciones de cualquier comisión internacional e inclusive a los reportes de relatores de la ONU.<sup>705</sup>

Recuérdese que el objetivo inicial planteado en la sentencia C-225-95 al incorporar la DBC, era el de otorgarle rango constitucional a aquellos instrumentos y cuerpos normativos internacionales que no aparecían formalmente en la Constitución, pero que eran de suma importancia para la protección de los derechos humanos. Y entre todos los posibles instrumentos, sólo se les daría esta categoría a los que prohibieran su limitación en los estados de excepción. No obstante, la jurisprudencia de esta tercera etapa parece incluir muchos instrumentos dentro del BC que no cumplen esta finalidad.

Así, por ejemplo, en la sentencia C-500-14, la Corte Constitucional señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sólo obliga al Estado colombiano cuando este ha sido parte en el respectivo proceso, y no de forma generalizada. Para la Corte Constitucional, esto se fundamenta en el artículo 68.1 de la Convención Americana conforme al cual los Estados Parte se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. En virtud de lo anterior la jurisprudencia de la Corte Interamericana no haría parte del BC, a menos que sea en donde el Estado sea parte.<sup>706</sup>

De acuerdo con lo anterior, los fallos proferidos durante esta tercera etapa evidencian que, la posición mayoritaria de la Corte se refiere a que la jurisprudencia CIDH no hace parte del BC en *stricto sensu*, sino que sirve para darle sentido a las normas de derechos humanos. Esta posición es reiterada también en sentencias como al C-327-16, lo que constituye un

---

<sup>704</sup> SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. Págs. 382.

<sup>705</sup> CORDOBA, J., CASTRO, L. *Bloque de constitucionalidad y derecho blando en Colombia: un asunto no resuelto*. Óp. Cit. Pág. 3.

<sup>706</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-500-14. MP. Mauricio Gonzalez Cuervo.

cambio jurisprudencial en relación con lo expuesto en la primera etapa en las sentencias C-568-99, C-200-02, y C-067-03 que consideraron lo contrario.<sup>707</sup>

Por otro lado, en la sentencia SU-555-14, la Corte unificó las posiciones jurisprudenciales en torno a la integración de los Convenios de la OIT al BC. Confirmó que no todos hacen parte del bloque, sino aquellos que cumplan las exigencias del artículo 93, a pesar de que el artículo 53 ordena expresamente que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. En consecuencia, aquellos Convenios que no cumplan la exigencia de consagrar derechos humanos y no ser susceptibles de limitarse en los estados de excepción, irán al BC en sentido *lato* para servir como parámetro de control de constitucionalidad.

Este mismo fallo se refirió a las recomendaciones emitidas por el Comité Sindical de la OIT, y expresó que no integran el bloque de constitucionalidad, toda vez que las mismas no son convenios ni tratados ratificados por el Congreso, y por tanto, no surtieron el procedimiento constitucional establecido como requisito inequívoco consagrado en la Constitución para que un instrumento internacional haga parte del BC.<sup>708</sup> Esta posición fue reiterada posteriormente en sentencias como la C-018-15.<sup>709</sup>

En sentido similar, en la sentencia C-035-16 se ratificó un cambio jurisprudencial que se había consolidado con una sentencia de tutela (T-821-07) y no de constitucionalidad, al afirmar que los “Principios Deng” y “Principios Pinheiro” hacían parte del BC, pero en sentido *lato*.<sup>710</sup> Este cambio jurisprudencial se evidencia ya que en sentencias anteriores como la C-355-06 y C-370-06, se consideró que los principios internacionales que conformaban el denominado *soft law*, no hacían parte del BC, pero si servían como un criterio interpretativo para determinar el alcance de las obligaciones de los Estados.<sup>711</sup>

En virtud de lo anterior, en la referida sentencia C-035-16, los magistrados Luis Guillermo Guerrero y Alejandro Linares salvaron su voto, indicando que este tipo de cuerpos normativos no constituyen tratados internacionales para ser parte del BC en concordancia con lo ordenado por el artículo 93 constitucional. Adicionalmente, sostiene que los propios manuales de interpretación de los “Principios Deng” y “Principios Pinheiro” señalan que sólo

---

<sup>707</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-327-16. MP. Gloria Stella Ortiz.

<sup>708</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-555-14. MP. Jorge Pretetl Chaljub.

<sup>709</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-018-15. MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>710</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035-16. MP. Gloria Stella Ortiz.

<sup>711</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-355-06. MP. Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas; Sentencia C-370-06. MP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.

cuentan con una especie de autoridad moral y en consecuencia, sirven como pautas relevantes de interpretación, por lo cual no pueden ser considerados parte del BC.

En la misma línea se ubica la sentencia SU-123-18, que unificó las posiciones jurisprudenciales sobre la consulta previa para comunidades étnicas e indígenas, y que terminó por darle rango constitucional a las recomendaciones de cualquier comisión internacional e inclusive a los informes de relatores de la ONU. En este caso se hicieron vinculantes vía BC, los “Principios Ruggie” sobre Empresas y Derechos Humanos; los informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas; del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas; del Representante Especial del Secretario General para los derechos humanos y las empresas transnacionales; y las sentencias de la CIDH donde no había sido parte Colombia.<sup>712</sup>

En otros aspectos, sentencias como la T-280A-16 destacan como dos funciones principales del BC: por un lado, como un mecanismo de coordinación normativa entre el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno, y, por otro, como un medio de actualización entre la Constitución y las dinámicas sociales, jurídicas y políticas que exigen la incorporación de nuevos derechos que se adecuen a las realidades cambiantes.<sup>713</sup>

En este mismo pronunciamiento, la Corte resalta los riesgos que conlleva la aplicación de esta doctrina, traducido en que los jueces puedan cercenar avances pragmáticos en materia de derechos humanos, basados en un derecho innominado o en un principio que no hace parte de la Constitución. De acuerdo con lo anterior, hizo énfasis en los dos requisitos mínimos que deben cumplirse para que una norma internacional haga parte del BC en estricto sentido: i) que exista un reenvío normativo constitucional; y ii) que se trate de normas internacionales sobre derechos humanos, derecho penal internacional y humanitario que prohíben su limitación en estados de excepción, y aquellas sobre límites territoriales.

La SU-146-20 es de las últimas sentencias expedidas en el marco de la aplicación y evolución de la DBC, y es importante porque unificó las distintas posiciones jurisprudenciales en torno a la protección de los derechos humanos en sede de tutela, y el alcance mismo del BC. En primer lugar, se reitera que con el BC se logra una expansión de la Constitución pues se integran en una sola unidad otros cuerpos normativos, que complementan, actualizan y

---

<sup>712</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-123-18. MP. Alberto Rojas Ríos, Rodrigo Uprimny Yepes. Ver en especial el fundamento No. 13 (13-13.9) de las Consideraciones.

<sup>713</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-280A-16. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

robustecen la carta de derechos. No obstante, también se reitera que dicha expansión debe exigir cautela por parte de la Corte dadas sus implicaciones sustanciales en el ordenamiento, como la definición de los compromisos y las obligaciones del Estado.<sup>714</sup>

En segundo lugar, se redefine el BC en sentido *stricto* y *lato* de la siguiente manera. Respecto al primero se dice: “Las normas que hacen parte del bloque en el primer sentido, están situadas en el nivel constitucional, tienen la misma fuerza y jerarquía de la Carta, (...) tales como (i) los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos no susceptibles de ser limitados en estados de excepción, (ii) las reglas del Derecho Internacional Humanitario y (iii) los tratados limítrofes”.<sup>715</sup>

Por su parte, al referirse al BC en sentido *lato* la Corte lo definió de la siguiente manera: son normas que “(...) aunque tienen una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, prevén disposiciones que regulan la producción normativa de estas últimas y, por lo tanto, su desconocimiento también genera problemas de validez”. Entre ellas reconoció las leyes estatutarias y orgánicas.<sup>716</sup>

Por otro lado, en cuanto al fundamento normativo que origina el BC en uno u otro sentido, la Corte señaló que el bloque en sentido estricto surge de la cláusula de remisión consagrada en el artículo 93 constitucional, pero que no se agota allí, sino que debe complementarse con artículos 5 y 94 sobre derechos innominados; 53 sobre convenios internacionales del trabajo; 101.2 sobre límites territoriales del Estado; y 214.2 sobre las reglas del derecho internacional humanitario. Ahora bien, respecto del bloque en sentido lato, se fundamenta en las cláusulas de remisión en los artículos 151, 152, 153, sobre la regulación de las leyes orgánicas y estatutarias.

En tercer lugar, se reitera que a pesar de lo dispuesto en el artículo 93 constitucional, en lo que se refiere la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por Colombia, que consagren derechos humanos y prohíban su limitación en los estados de excepción, las normas internacionales pertenecientes al BC no pueden ser interpretadas en términos de prevalencia sobre la Constitución, sino de manera armónica y sistemática. Asimismo, se concluye que no existen relaciones de jerarquía entre el derecho internacional y

---

<sup>714</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-146-20. MP. Diana Fajardo Rivera. En concordancia con los siguientes pronunciamientos proferidos el mismo año por la Corte: C-026-20, C-069-20, C-088-20, C-098-20, C-161-20, y C-242-20.

<sup>715</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-146-20. MP. Diana Fajardo Rivera.

<sup>716</sup> *Ibíd.*

el derecho interno, sino una de recíproca colaboración y armonización para asegurar los estándares correctos de protección.

### **3.4 Consecuencias, efectos e implicaciones de la materialización del fenómeno de la MIC a nivel local**

Del mismo modo que las doctrinas foráneas anteriores, la materialización del fenómeno de la MIC, tratándose de la incorporación y posterior evolución de la DBC, permite constatar algunas consecuencias, efectos o implicaciones para el ordenamiento constitucional colombiano. Se reitera que a la teoría de la MIC le interesa ir más allá del viaje o la migración de una idea constitucional de un lugar a otro. Resulta importante también determinar cómo se asentó dicha idea en su lugar de destino; qué consecuencias políticas y jurídicas surgieron; y de qué manera fue su evolución.

Por lo anterior, este tercer acápite desea destacar tres ideas principales que surgen de observar y analizar la evolución y aplicación de la DBC en Colombia. Es necesario volver señalar que, toda vez no es el objeto principal de estudio de este capítulo, las mismas no se examinan a profundidad sino con el fin de dejarlas en evidencia para que sirvan como punto de partida para futuros trabajos de investigación que sí tengan este propósito. Algunas de ellas han sido ya materialmente destacadas por la doctrina, y otras en cambio, surgen del propio examen de este trabajo.

*1-Ampliación y dinamización de la Constitución.* Autores como Sierra, Uprimny y Nogueira, consideran que una de las principales consecuencias de la aplicación de la DBC en Colombia, es la ampliación del concepto y contenido de Constitución. Esto se explica por la incorporación de los distintos cuerpos normativos de carácter internacional que entran hacer parte de una sola unidad o bloque con la propia Constitución, y que deben ser tenidos en cuenta para la creación, aplicación e interpretación normativa por todas las autoridades y privadas dentro del Estado.<sup>717</sup>

De igual forma, la DBC contribuye en tener una Constitución más dinámica, pues le permite adaptarse a los cambios históricos y sociales, así como proteger nuevos derechos que inicialmente no estaban contemplados en el texto constitucional. Siguiendo a Brennan y a

---

<sup>717</sup> SIERRA, H. *La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho colombiano*. Ponencia presentada en el IV ENCUENTRO NACIONAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. 2007; UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Óp. Cit. Págs. 3-4; NOGUEIRA, H. “*Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos*” en Anuario de Derecho Latinoamericano. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer. Edición 2000. Pág. 189.

Marshall, a este fenómeno se le ha denominado Constitución Viviente o *Living Constitution*, pues en últimas, el concepto de Bloque permite que las Constituciones sean textos “vivos” capaces de adaptarse y responder ante las nuevas realidades.<sup>718</sup> En concordancia con lo anterior, se encuentran las posiciones más recientes de la Corte, como lo es el caso de la sentencia SU-146-20.

También es posible analizar que, la ampliación del concepto y contenido de la Constitución va directamente relacionado con el del BC. Es decir, a medida que este se aumenta por la incorporación de nuevos cuerpos normativos, también lo hará necesariamente la Constitución. Autoras como Suelst-Cock afirman que, gracias a esta ampliación, se ha modificado también el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano y se ha ampliado el parámetro de control, teniendo efectos en el control abstracto de constitucionalidad, como en el semidifuso por parte de los jueces.<sup>719</sup>

*2-Herramienta interpretativa, integradora y armonizadora.* Apoyándose de la sentencia C-291-07, Córdoba y Castro sostienen que la aplicación de la DBC ha permitido a la Corte determinar el alcance de las normas constitucionales a través de lo que se ha denominado como la “función interpretativa” del BC; y a su vez, integrar las normas jurídicas como un parámetro de “control directo cuando no existen disposiciones constitucionales expresas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 53, 93 y 94 superiores”, lo que se ha denominado como “función integradora”.<sup>720</sup>

Asimismo, puede afirmarse que, al considerarse el BC como una unidad, desde la C-225-95 la Corte determinó que todas las normas producidas en el ordenamiento jurídico deben adaptarse al mismo, con el fin de armonizar su aplicación, convirtiéndose así en una herramienta que armoniza la producción normativa interna.<sup>721</sup> Autores como Nogueira consideran que, gracias a la DBC se armonizan los criterios de creación y aplicación normativa

---

<sup>718</sup> BRENNAN, W. *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*; MARSHALL, T. *The Constitution: A living document*, en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc. 1997.

<sup>719</sup> SUELST-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 333-334.

<sup>720</sup> CÓRDOBA, J., CASTRO, L. *Bloque de constitucionalidad y derecho blando en Colombia: un asunto no resuelto*. Óp. Cit. Pág. 3.

<sup>721</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-135-96 MP: Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero, Antonio Barrera Carbonel.



en sede judicial cuando se trata de proteger los derechos fundamentales, toda vez que se tienen en cuenta cuerpos normativos externos a la Constitución.<sup>722</sup>

Por último, autoras como Suelst-Cock califican en líneas generales la aplicación de la DBC en Colombia, como fructífera porque ha permitido que el DIH y el DIDH se integren a la Constitución y adquieran una fuerza y aplicación práctica. A su vez, ha incentivado la creación de una cultura jurídica de los derechos humanos, así como la recepción de la doctrina internacional al respecto.<sup>723</sup>

*2-Inseguridad jurídica.* Una de las implicaciones más significativas que tiene la DBC tras su aplicación y evolución es que no genera seguridad jurídica. En consideración de distintos autores como Ramelli, Uprimny, Suelst-Cock, Córdoba y Castro, ha existido y sigue existiendo confusión entre los operadores jurídicos, y la jurisprudencia misma de la Corte, en determinar qué normas y tratados hacen parte del BC y cuál sería su alcance. Esto obedece principalmente a la división entre BC en sentido *stricto* y *lato*, y los criterios cambiantes para determinar qué instrumentos internacionales se ubican en uno u otro.<sup>724</sup>

En Ramelli, por ejemplo, pueden encontrarse tres ideas fundamentales que explican la generación de esta inseguridad jurídica: i) por la multiplicidad de cláusulas de reenvío (artículos 9, 44, 53, 93, 94, 101, 241.2) contenidas en la Constitución de 1991, cuya vocación internacionalista es indudable, pero que dificulta la creación pretoriana del BC; ii) dada la elaboración misma del BC que se hace caso a caso bien sea en sede de control de constitucionalidad o de protección concreta de los derechos fundamentales; y iii) porque la construcción del BC se ha dado de manera tácita y no expresa, ya que en la mayor parte de los casos la conclusión de que una norma pertenece al BC se obtiene de la *ratio decidendi*.<sup>725</sup>

---

<sup>722</sup> NOGUEIRA, H. “Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos” en Anuario de Derecho Latinoamericano. Óp. Cit. Pág. 189.

<sup>723</sup> SUELST-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia.* Óp. Cit. 334.

<sup>724</sup> UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.* Óp. Cit. Pág. 5. CÓRDOBA, J., CASTRO, L. *Bloque de constitucionalidad y derecho blando en Colombia: un asunto no resuelto.* Óp. Cit. Pág. 3.

<sup>725</sup> RAMELLI, A. *Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia.* Cuadernos de Derecho Constitucional. Ámbito Jurídico. Brasil. 2011. Págs. 3-6. Según este autor, hay zonas “grises” en la jurisprudencia de la Corte que no permiten definir con claridad si los siguientes instrumentos internacionales hacen o no parte del bloque, lo que en últimas terminan afianzando la inseguridad jurídica: “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; las Observaciones Generales elaboradas por Comités de Naciones Unidas; las recomendaciones de la OIT, en especial, aquellas elaboradas por el Comité de Libertad Sindical, las costumbres internacionales, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la jurisprudencia elaborada por instancias judiciales internacionales: Tribunales Penales Internacionales, Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros”.

Por otro lado, la diferenciación entre BC en *stricto* y *lato sensu* aún no es clara, y se pueden constatar incorporaciones tanto de tratados como de decisiones internacionales, no obstante, su diferencia. En consecuencia, existen cuestionamientos sobre cuál es el criterio para incorporar una norma internacional al BC, y la notable falta de sistematización de la Corte al respecto, lo que termina por generar inseguridad jurídica, y una contradicción con el tipo de fuente que es la Constitución, colocando en duda su obligatoriedad.<sup>726</sup> Tal y como lo señalan Córdoba y Castro, en sentencias como SU-123-18 se le dio rango constitucional a las recomendaciones de varias comisiones internacionales e inclusive a los reportes de distintos relatores de la ONU.

Uprimny, por su lado, sostiene que la aplicación de la DBC puede llegar a generar inseguridad jurídica y arbitrariedad judicial, pues no es claro cuáles serían las normas que lo integran. Un juez podría incluir discrecionalmente una norma como parte del BC y darle rango constitucional. Para soportar esta conclusión, este autor se refiere a lo sucedido en EE. UU durante los primeros años del siglo XX cuando la Corte Suprema de Justicia no garantizaba los derechos sociales de los trabajadores bajo el argumento de que vulneraba la libertad contractual, aun cuando no se reconocía este derecho por parte de su Constitución.<sup>727</sup>

Por otro lado, a la inseguridad jurídica contribuye que el primer inciso del 93 (tratados de derechos humanos ratificados por Colombia) fue el que le dio origen al BC. No obstante, de la jurisprudencia de la Corte puede evidenciarse que ahora se da mayor aplicación al segundo inciso (cualquier convenio ratificado por Colombia) para afirmar que los derechos fundamentales se interpretan conforme a todos los tratados de derechos humanos y no únicamente de acuerdo con los que no pueden ser limitados durante los estados de excepción.<sup>728</sup>

Por último, Arango propone que la inseguridad jurídica también se produce por la fragmentación de algunos tratados internacionales. Según esta autora, el desarrollo progresivo de la DCB ha ido fragmentado paulatinamente algunos de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados, al no darse una incorporación completa al BC sino por partes. Si bien la Corte ha reiterado que todos los tratados de derechos humanos cumplen la función

---

<sup>726</sup> SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Óp. Cit. 333-334.

<sup>727</sup> Para fundamentar esta implicación, Uprimny cita el caso *Lochner* en la jurisprudencia norteamericana que da cuenta de los excesos de la Corte Suprema de Justicia. Ver por ejemplo Tribe (1988), citado por

<sup>728</sup> Ver, por ejemplo: Corte Constitucional. Sentencia C-774-01. MP: Rodrigo Escobar Gil y Sentencia C-067-03. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

de parámetro interpretativo de los derechos establecidos formalmente en la Constitución, no puede predicarse de todos los derechos sino de los que se consideran intangibles.<sup>729</sup>

### **3.5 Conclusiones y valoración personal**

La incorporación de la doctrina foránea del Bloque de Constitucionalidad en Colombia, y su posterior evolución, ha dejado importantes repercusiones tanto en la jurisprudencia constitucional, como en el ordenamiento jurídico. Por ello, en esta última sección se desea presentar algunas de las conclusiones más relevantes sobre lo expuesto, así como ciertas valoraciones personales al respecto.

En cuanto al origen de esta doctrina, autores como Uprimny señalan que puede ser tan antiguo como el control de constitucionalidad. Esto es así ya que las Constituciones al ser textos abiertos deben complementarse con la actividad interpretativa del juez, y con cuerpos normativos externos que suplen los vacíos jurídicos conforme avanzan las sociedades. Del mismo modo, en la actualidad, las numerosas cláusulas de reenvío que tienen las Constituciones, así como la globalización e internacionalización del derecho, han hecho de esta doctrina una realidad en los ordenamientos modernos.

Si bien existen antecedentes locales de la DBC, siguiendo a Barbosa y a Otero, en el artículo 91 de la Constitución de Rionegro que incorporó el derecho de gentes a la legislación nacional con el fin de poner término a los conflictos armados internos, su origen preciso se encuentra en el derecho y la doctrina francesa. Esto se concluye no sólo de los aportes de la mayoría de la doctrina académica al respecto, sino también de las propias citas y elaboraciones que realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-225-95, las cuales han sido reiteradas y aceptadas hasta jurisprudencia reciente.

En segundo lugar, y en lo que se refiere al concepto y función principal del BC, puede concluirse que se erige como una técnica jurídica aplicada por los distintos jueces constitucionales a nivel global, para ampliar, dinamizar y complementar el contenido de las Constituciones modernas, fruto de ser consideradas como textos abiertos y generales. Su operatividad viene diseñada por el juez constitucional, producto de la interpretación y el seguimiento de las cláusulas de reenvío, las cuales permiten armonizar los contenidos internos con los internacionales.

---

<sup>729</sup> ARANGO, M. *El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Óp. Cit. Págs. 79-102

Esta última finalidad, la de armonización, fue lo que motivó la incorporación de esta doctrina en Colombia, al analizar la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados (Art. 93), respecto de la supremacía de la propia Constitución (Art. 4). En su momento la Corte definió el BC como “(...) aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”.<sup>730</sup>

No obstante, este concepto que pareció haberse concebido como unitario, sufrió muchos cambios tras la evolución propia de la DBC en la jurisprudencia constitucional. Desde sus inicios, construir el concepto de BC fue y ha sido una tarea compleja. Desde la primera etapa, que aquí se ha denominado de *incorporación y asentamiento*, es posible identificar varios de ellos. Por ejemplo, en la sentencia fundante, la C-225-95, se dijo que el bloque sólo incorporaba normas de rango constitucional, lo cual no incluía leyes estatutarias. Luego se afirmó en las sentencias C-578-95 y C-135-96, que sí se incluían ampliando su concepto.

Hasta ese entonces el concepto de BC se construía por todos aquellos cuerpos normativos que sirvieran para determinar la constitucionalidad de una ley. Esto es lo que la doctrina ha denominado como el “parámetro de constitucionalidad”. No obstante, en sentencias como la T-477-95 los tratados no parecen servir como un parámetro de constitucionalidad sino como una fuente para resolver casos en específico. Por ello, autores como Uprimny concluyeron en su momento que el bloque de constitucionalidad se refiere a normas que tienen relevancia constitucional para decidir un determinado asunto. En los tres casos hay relaciones en las definiciones, pero también pueden generarse ambigüedades, como las de saber cuáles normas hacen parte del bloque.

Precisamente por lo anterior, a muy temprana edad de evolución la Corte debió realizar las delimitaciones de BC en *stricto y lato sensu* para seguir construyendo el concepto. En la C-358-97 y C-582-99 se estructura esta diferencia inicial entre bloque en sentido estricto, compuesto por aquellas normas que directamente tiene rango constitucional; y bloque sentido lato, integrado por normas que, sin tener rango constitucional, sirven como parámetro de constitucionalidad de las leyes en el marco del control que realiza la Corte.

No obstante, lo que puede comprenderse de la jurisprudencia estudiada y analizada es que la referida bifurcación del BC ha generado consecuencias negativas relacionadas

---

<sup>730</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-225-95. MP. Alejandro Martínez Caballero.

principalmente con la inseguridad jurídica en su aplicación. En buena parte, esto se produce porque la Corte ha utilizado una disparidad de criterios para determinar qué normas y tratados hacen parte del BC y cuál sería su alcance particular. Asimismo, ha habido extensas contradicciones al respecto entre los distintos magistrados de la Corte, así como en sus salas de revisión y la misma sala plena como se ilustró en las etapas de evolución.

En parte compartimos la posición de autores como Ramelli, tendiente a afirmar que esta inseguridad jurídica se produce por las múltiples cláusulas de reenvío constitucional existentes en la Constitución; la elaboración del BC caso a caso; y la construcción de su contenido de manera tácita. No obstante, agregamos que también contribuye a su fortalecimiento, la inmensa cantidad de jurisprudencia producida frente al tema tanto en sede de tutela (T), de unificación (SU), como de control de constitucionalidad (C), lo que en últimas dificulta su estudio y entendimiento adecuado.

En cuanto a las etapas de evolución de la DBC, puede concluirse lo siguiente. En la primera, pudo comprenderse cómo la jurisprudencia se concentró en asentar y darle aplicación a la nueva doctrina, definiendo sus características y elementos más generales. En la segunda, por el contrario, fruto de una década de aplicación, la DBC se tornó más compleja, y sin llegar a estar consolidada, se conocieron nuevos alcances, contenidos y funciones. Por último, en la tercera etapa, se ha abierto un interrogante en el que se debate la jurisprudencia en la actualidad, y es el referente a si la aplicación de la DBC genera o no inseguridad jurídica.

Por último, y en relación con nuestra postura personal sobre lo expuesto, pueden destacarse en varios puntos. En primer lugar, se destaca que la DBC es una muestra significativa de la materialización del fenómeno de la MIC en la jurisprudencia constitucional colombiana, de acuerdo con las características estudiadas en capítulos precedentes, entre las cuales se encuentran la migración de una idea; su incorporación a nivel local; y posterior evolución o desarrollo en la jurisprudencia. Esto se soporta no sólo en las citas expresas que ha realizado la Corte de esta doctrina foránea, sino también por los más de cuatrocientos (400) fallos proferidos al respecto que la han desarrollado.

Entre las implicaciones principales que se han generado fruto de la incorporación y desarrollo de esta doctrina, deseamos resaltar, como segundo punto, el importante rol que ha jugado el BC como un mecanismo de coordinación normativa entre el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno, y, a su vez, como un medio de actualización entre la Constitución y las dinámicas sociales, jurídicas y políticas que exigen la incorporación de

nuevos derechos que se adecuen a las realidades cambiantes. Por esto último puede predicarse en Colombia la existencia de una verdadera *Constitución Viviente o living Constitution*.<sup>731</sup>

Sin embargo, la cantidad de fallos que conforman la jurisprudencia de la DBC, han puesto en tela de juicio la seguridad jurídica de su aplicación. Por ello, en tercer lugar, desea resaltarse que al existir sentencias que se profieren tanto en el marco de la acción de tutela (T), resueltas por salas de revisión de tres magistrados, como en sede unificación (SU) y de constitucionalidad (C), proferidas por la sala plena de la Corte, la disparidad de criterios e interpretaciones es abundante. Esto no sólo dificulta su estudio, sino también su aplicación práctica por parte de los jueces y los demás órganos del Estado.

Por lo anterior, y, en cuarto lugar, es importante que la Corte pueda definir los lineamientos y alcances de los siguientes cuestionamientos de forma ordenada y unificada. Esto permitiría subsanar las principales falencias que ha adquirido la DBC tras su aplicación y evolución. i) El valor del *soft law* o derecho blando dentro del BC; ii) el contenido del BC en *stricto* y *lato sensu*, y la determinación de si esta división sigue siendo útil y necesaria; iii) aclarar los alcances jurídicos de palabras como “parámetro”, “herramienta”, “criterio”, “relevante de interpretación”, “hace parte tácitamente del bloque” o hace parte “indirecta del bloque”; iv) resolver las contradicciones de la jurisprudencia en cuanto a los criterios de inclusión de una norma al BC; y v) hacer una construcción expresa del BC y no tácita.

---

<sup>731</sup> STRAUSS, D. *The Living Constitution*. Oxford University Press. 2010.

## CONCLUSIONES

Esta última sección desea presentar una breve disertación final en torno a las conclusiones generales de la investigación. Cómo ha podido evidenciarse a lo largo del trabajo, cada uno de los acápites propuestos que integran y desarrollan los distintos capítulos tienen sus propias conclusiones sobre lo expuesto. Por ello, el propósito no es repetir o reiterar lo allí plasmado sino el de realizar un análisis transversal que pueda partir de esa base, pero que al mismo tiempo integre nuevas ideas conclusivas al respecto.

De acuerdo a lo anterior, es menester recordar que el problema jurídico que ha guiado el presente trabajo, se centró en determinar cómo se ha materializado el fenómeno de la Migración de Ideas Constitucionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, producto de la incorporación de *doctrinas jurisprudenciales foráneas*, en lo que respecta a los límites al poder de reforma constitucional; el objeto del control de constitucionalidad de las leyes; y la extensión de las fuentes de derecho como instrumento de integración normativa y parámetro de control de constitucionalidad.

Con base en esta delimitación, pudo identificarse que las *doctrinas jurisprudenciales foráneas* que se correspondían de manera más precisa con el objeto de estudio eran la de la *Sustitución de la Constitución* de presunto origen indio e incorporada por la S. C-551-03; la del *Derecho Viviente* de presunto origen italiano e incorporada por las S. C-557-01 y C-569-04; y la del *Bloque de Constitucionalidad* de presunto origen francés e incorporada por la S. C-225-95, respectivamente.

Asimismo, cuando se hizo alusión a la materialización del mencionado fenómeno, se quiso hacer referencia no sólo al vehículo o la forma a través de la cual éste se ha puesto en práctica por parte de la Corte Constitucional, sino también a cuáles serían sus implicaciones y desarrollos posteriores en la jurisprudencia. En otras palabras, deseaba entenderse la forma cómo esta Corte ha sido favorable a recibir e incorporar materiales foráneos, que luego ha transformado y dotado de contenido jurídico para el ámbito local.

Sin embargo, este propósito no podía ser cumplido sin antes comprender el marco teórico general sobre el cual se estructuraba el objeto de investigación. Dicho marco se situó dentro del derecho constitucional comparado y su estudio sobre el uso voluntario de derecho foráneo o extranjero por parte de las Cortes Constitucionales locales. Entre las tantas teorías y metáforas que han intentado explicar este fenómeno, así como su origen, sus características y

principales consecuencias, se escogió la teoría “The migration of Constitutional ideas” por considerar que supera las dificultades conceptuales y materiales de las demás.

A partir de los postulados de esta teoría pudo corroborarse que el fenómeno de la migración de ideas constitucionales ha podido materializarse en Colombia, en lo atinente a las tres doctrinas estudiadas, gracias a que la Corte Constitucional ha promovido desde sus inicios una postura abierta o favorable a incorporar y utilizar derecho foráneo en el ámbito local. El vehículo principal a través del cual ha realizado estas incorporaciones ha sido el recurso al derecho comparado como método interpretativo para dar mayor soporte argumentativo a los casos judiciales que debe resolver, no obstante existir otros medios como fue expuesto.

Luego de su adaptación local, estas doctrinas han sido aplicadas de forma utilitaria o conveniente para brindarle a la Corte novedosas herramientas y recursos jurídicos para crear, fortalecer e innovar sus líneas jurisprudenciales. Con el fin de resaltar algunos hallazgos, pudo verificarse que la introducción de la doctrina de la Estructura Básica, bajo el nombre de Sustitución de la Constitución, le permitió a la Corte crear los denominados *vicios de competencia* para controlar el contenido de las reformas constitucionales y así establecer ejes o pilares básicos que no pueden ser sustituidos por el poder de reforma.

Lo anterior sigue resultando problemático, no sólo porque parte de una interpretación contraria a lo que estricta y precisamente ordenan los artículos 241.1, 241.2 y 379 constitucionales, generando serios cuestionamientos sobre la competencia de la Corte en dicho control, sino también por las consecuencias negativas que de ello se han derivado como la inseguridad jurídica para conocer cuáles son los ejes o principios estructurales insustituibles; la extinción práctica de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano Legislativo, afectando el principio de separación de poderes; y el fortalecimiento de la juristocracia, entre otros.

A pesar de que la Corte ha reconocido gradualmente los principios o ejes estructurales que no podrían ser sustituidos por el poder de reforma, también lo es que su identificación surge caso a caso y no de manera previa y general, lo que limita materialmente que la Constitución sea un verdadero instrumento viviente. Adicionalmente, la Corte ha realizado ponderaciones entre estos principios o ejes estructurales para inaplicar o darle prevalencia a uno u otro en determinado caso, creando las nuevas sentencias “interpretativas de reformas constitucionales”, lo que complejiza más el asunto. Por ello, la Corte debe ser muy cuidadosa en darle aplicación a esta doctrina so pena de volverse un poder ilimitado y arbitrario.



De igual forma pudo constatarse en lo referente a la doctrina del Derecho Viviente, tras su incorporación de la jurisprudencia italiana. Gracias a ella, la Corte ha podido controlar en sede de constitucionalidad las interpretaciones legales reiteradas y consolidadas de los demás órganos judiciales de cierre, bajo la máxima de que no todo derecho viviente está necesariamente conforme con la Constitución. No obstante, puede identificarse una segunda finalidad en su incorporación, dado que ya existía un decantamiento en su jurisprudencia del *principio de interpretación conforme*, al cual siguen vinculados todos los jueces.

Esta segunda finalidad puede deducirse de la jurisprudencia estudiada al respecto, y está relacionada con que a través de la doctrina del derecho viviente la Corte encontró la forma de hacer efectivos sus pronunciamientos, tratándose de cómo los jueces deben interpretar la ley. Anteriormente, esto se hacía en exclusiva por medio de las tutelas contra providencias judiciales en sede de revisión, lo que presentaba al menos dos dificultades: que los efectos de dichos fallos eran *inter partes*; y que los jueces de otras jurisdicciones no los consideraban como precedentes vinculantes, al no ser fallos de constitucionalidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución.

Ahora bien, gracias a la doctrina del derecho viviente cualquier ciudadano puede demandar las interpretaciones legales que realicen los órganos judiciales de cierre por considerarlas contrarias a la Constitución. Esto permite a la Corte pronunciarse de fondo; unificar los criterios de interpretación legal; y obligar a los jueces a cumplir el fallo puesto que tiene efectos *erga omnes*. Sin embargo, los cuestionamientos sobre el entendimiento del derecho viviente que se demanda y eventualmente se declara inconstitucional, han generado que la aplicación de esta doctrina riña con la propia autonomía judicial, y en ocasiones produzca el fenómeno del vaciamiento de las jurisdicciones tal y como fue expuesto.

En lo que atañe a la doctrina del Bloque de Constitucionalidad, pudo corroborarse que su materialización en la jurisprudencia constitucional se efectuó con el fin de tener un instrumento que permitiera la armonización entre el derecho interno y el internacional, fruto de las múltiples cláusulas de reenvío constitucionales. Asimismo, integrar a la Constitución normas que formalmente no aparecen en ella, pero que pueden ser utilizadas como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes.

Esta doctrina también le ha permitido a la Corte ampliar, dinamizar y complementar el contenido de la Constitución, al punto de poder ser considerada como una *Living Constitution* o instrumento viviente que se adapta a los cambios sociales. Asimismo, el bloque se ha

convertido en una herramienta armonizadora de producción normativa interna que orienta a los órganos y entes creadores de derecho en el Estado. Sin embargo, los beneficios de esta doctrina también han generado implicaciones y consecuencias negativas para la jurisprudencia y el ordenamiento constitucional colombiano.

La principal de ellas ha sido la significativa inseguridad jurídica que existe hoy entre los distintos operadores jurídicos, y la jurisprudencia misma de la Corte, en determinar qué normas y tratados hacen parte del bloque y cuál es su alcance. Como pudo analizarse, esto obedece a múltiples causas como la división del bloque en sentido *stricto* y *lato*, y los criterios cambiantes en cada caso para determinar qué instrumentos internacionales se ubican en uno u otro; la multiplicidad de las cláusulas de reenvío existentes; la elaboración del bloque caso por caso y en ocasiones de forma tácita; y los múltiples y diversos pronunciamientos tanto en sede de tutela, de unificación jurisprudencial, como de constitucionalidad.

Para que esta doctrina no “muera de éxito” y evite la producción de arbitrariedad judicial en su conformación y aplicación, la Corte debe reorganizar su contenido definiendo con criterios claros qué normas hacen parte del bloque en uno y otro sentido; cuáles son sus implicaciones y alcances; y si su división sigue teniendo alguna justificación práctica. De la misma manera, debe intentar realizar una construcción expresa del bloque y no una tácita so pena de que los operadores jurídicos interpretan subjetivamente de las *ratios decidendi* si una norma hace parte o no del mismo.

Por otro lado, pudo comprobarse que las tres doctrinas jurisprudenciales estudiadas tienen un origen foráneo que la Corte identifica expresamente en su incorporación. Esto lo hizo en una sección de las consideraciones de cada fallo, pero también a modo de nota de pie de página donde citó textualmente jurisprudencia y doctrina foránea que daba cuenta de su existencia y comprensión. Entre otras cosas, esto es indicativo de la materialización explícita del fenómeno de la migración de ideas constitucionales, y no de forma material o escondida como también pudo darse.

Como ya se mencionaba, el vehículo principal que la Corte utilizó para darle aplicación a este fenómeno es el que ella misma ha denominado *derecho comparado*. Lo mencionamos de esta manera ya que nuestro objeto de estudio no se constituyó en analizar si la Corte utiliza el método de derecho comparado de manera científica o no, pues no sólo se desviaba del problema jurídico propuesto, sino además porque es independiente de su comprobación. Sigue

existiendo mucho debate sobre si los jueces son o no comparatistas, a pesar de existir varias investigaciones recientes que dicen que no, tal y como fue expuesto.

Como fue demostrado, el fenómeno de la migración de ideas constitucionales puede ocurrir con o sin la utilización del método de derecho comparado, toda vez que este no es el único medio para hacerlo, a pesar de sí considerarse como el más idóneo. El uso del derecho comparado por la Corte consiste en verificar o constatar cómo ha sido regulado determinado tema, o resuelto el problema jurídico formulado, en la legislación y jurisprudencia foránea. Cuando esto ocurre, es común encontrar en sus sentencias un acápite dedicado al “derecho comparado” donde se realiza dicha verificación o constatación, y que luego sirve para argumentar o influenciar la decisión.

Asimismo, puede evidenciarse que la incorporación y posterior desarrollo de las doctrinas estudiadas, obedece a una serie de causas que explican el *por qué* y el *para qué*, conforme fue expuesto en el capítulo segundo. Dentro de las causas que explican el *por qué* la Corte colombiana materializó el fenómeno de la migración de ideas constitucionales, ocupa un lugar muy importante la globalización e internacionalización del derecho, así como la influencia de la tecnología y la era de la informática. De igual forma, la concepción de que las Cortes Constitucionales locales actuales se sientan parte de una empresa o comunidad global que persigue objetivos similares como la protección de los derechos humanos, la división de los poderes y el sistema de pesos y contra pesos, entre otros.

De igual forma, la causa del *prestigio* es transversal o común para las tres doctrinas, pues las mismas provienen de Cortes Constitucionales que gozan de prestigio en el sur global, como es el caso de la Corte Suprema de Justicia de la India; y en el ámbito europeo y latinoamericano, particularmente el colombiano, como lo son las Cortes italiana y francesa. También, la *oportunidad* y la *eficacia esperada de la ley o el derecho* cumplen un papel muy importante al materializarse el fenómeno, así como *la necesidad de crear y consolidar la jurisprudencia local*, y entender *el caso latinoamericano como “sitio abierto” a las experiencias foráneas* tal y como fue explicado en este trabajo.

Por otro lado, la *búsqueda de autoridad en un área del derecho determinada* resulta muy evidente en los casos de la doctrina de la Sustitución de la Constitución, donde se necesitaba crear autoridad frente al Ejecutivo y su incidencia en Congreso para reformar la Constitución; y en el de la doctrina del Derecho Viviente frente a los demás órganos judiciales

de cierre, con el fin de hacer prevalecer las interpretaciones legales en las distintas áreas del derecho efectuadas por la Corte.

En cuanto al *para qué* lo hizo, debe observarse con mayor detenimiento caso por caso y tener en cuenta que pueden confluir varias causas. No obstante, a modo conclusivo desea llamarse la atención de que en las tres doctrinas incorporadas jugó un papel muy importante la necesidad de brindar un mayor *soporte argumentativo o probatorio* al caso por resolver. Para la Corte resultó determinante justificar que en otros ordenamientos jurídicos las Cortes Constitucionales también utilizaban dichas doctrinas con la misma finalidad, y por ende servirían como un argumento adicional a la decisión. Si se quiere, esto también sería constitutivo de un uso del *derecho como autoridad persuasiva*.

De la misma manera, la incorporación de las doctrinas estudiadas permitió a la Corte tener una *herramienta o guía* para entender los casos y hallar la mejor manera de resolverlos. Para ello se valió del camino que sus pares ya habían recorrido, más allá de entender a plenitud lo que se incorporaba como foráneo y las consecuencias o posteriores desarrollos que de ello se pudieran derivar como fue expuesto en el capítulo tercero de este trabajo.

Por otro lado, en el marco del estudio de los antecedentes a la incorporación de las doctrinas objeto de estudio, logró realizarse un acercamiento muy importante a la evolución de estas en los ordenamientos de origen, sin que ello fuese constitutivo de una comparación propiamente dicha, pero sí de una reconstrucción de derecho extranjero muy útil para comprender a qué se hacía alusión en la materialización local colombiana. En esta tarea, se hicieron hallazgos inesperados pero muy valiosos, relacionados con que cada doctrina jurisprudencial foránea también tenía antecedentes indirectos en el derecho constitucional colombiano, lo que nos invita siempre a estudiar nuestras propias instituciones antes de observar las demás.

Asimismo, resulta importante resaltar que las tres doctrinas objeto de estudio fueron incorporadas durante la primera década de funcionamiento de la Corte, lo que corrobora lo expuesto en este trabajo, atinente a la materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales durante los primeros años de funcionamiento de las Cortes, o luego de expedirse una nueva Constitución. Esto ocurre por la necesidad crear nuevas líneas jurisprudenciales o consolidar las apenas nacientes, en concordancia con lo que también han realizado las demás jóvenes Cortes Constitucionales en otras latitudes.

De acuerdo con lo anterior, también fue posible verificar que, al poco tiempo de estarse aplicando las doctrinas incorporadas, la Corte no citó más su fuente u origen foráneo en posteriores sentencias, puesto que ya hacían parte del ordenamiento jurídico local. En consecuencia, si no se identifica el fallo inicial donde se llevó a cabo dicha incorporación, es muy difícil poder rastrear su origen pues las citas se tornan totalmente locales o internas, como si hubiese sido una creación de la Corte misma. Esto explica porque dentro de la cultura jurídica colombiana muchas veces se desconoce su origen, y suele creerse que son creaciones netamente nacionales.

Al mismo tiempo, analizar el caso colombiano nos permitió comprender y evidenciar en mayor medida para nuestro país, la realidad de un fenómeno global en el que se encuentran los jueces, y sobre todo las Cortes Constitucionales actuales. Asimismo, poder analizar las distintas posiciones de la doctrina constitucional comparada al respecto, en relación con su legitimación y formas de implementación. Esto se complementó con una mirada general pero muy valiosa de las distintas posturas de las Cortes Constitucionales más relevantes a nivel mundial, para luego poder estudiar el caso local con mayores elementos de juicio y análisis.

Comprender la amplitud del fenómeno del uso voluntario de derecho foráneo en sede judicial, el cual hemos decidido comprender desde la teoría de la Migración de Ideas Constitucionales, así como sus distintas connotaciones y delimitaciones, fue un reto intelectualmente significativo por dos razones primordiales. La primera, porque existe mucha doctrina que se ha encargado de su estudio, pero con muy poca sistematización del fenómeno como un todo y sí de manera aislada y particular. Y la segunda, por la dificultad de poder comprenderlo y luego ilustrarlo de forma organizada y precisa, dados los distintos puntos de contacto entre el derecho constitucional comparado y otras áreas del derecho. A esto se suma que es en lengua castellana donde menos se encuentran investigaciones al respecto.

Por otra parte, el trabajo de investigación realizado permite concluir que el papel de los jueces constitucionales en la actualidad va mucho más allá del silogismo judicial y la aplicación de la ley en sentido amplio. En un mundo interconectado, globalizado e informatizado como en el que vivimos, la migración de las ideas constitucionales se vuelve una realidad evidente y difícil de evadir. Es por ello que, quienes se oponen a este fenómeno y al uso de derecho comparado en sede judicial, defienden un rol judicial mucho más atado a las interpretaciones literales y originales del derecho, no obstante poder ser una postura complementaria y no contraria.

Por lo anterior, nuestra posición general frente al fenómeno objeto de estudio, se encuentra alineada con aquellos autores que ven en la migración de las ideas constitucionales en todas sus denominaciones, formas y medios posibles de concreción, una fuente de conocimiento y utilidad importante para un ordenamiento jurídico local que desea avanzar en el derecho. No obstante, dicho fenómeno debe tomarse con cautela y al menos i) tratar de entender los contextos sociales, jurídicos y políticos en los cuales se desarrollaron dichas ideas; y ii) justificar su aplicación en sede local y la correcta comprensión de sus consecuencias posteriores.

Esto permitiría no sólo a los académicos, sino también a todos los operadores jurídicos, conocer los argumentos que motivaron dichas incorporaciones, verificarlos y estudiarlos, lo que en últimas contribuiría a obtener actuaciones judiciales más coherentes y comprensibles. Asimismo, y más allá de tener un efecto positivo en la decisión, podría ayudar a incrementar la legitimidad de la Corte en el ámbito local. Este último aspecto se constituye como el gran reto que las Cortes Constitucionales, y en particular la colombiana, deben enfrentar en la actualidad, dado lo que puede deducirse de las implicaciones expuestas y analizadas en este trabajo, en relación con las tres doctrinas estudiadas.

Finalmente, deseamos concluir que este trabajo de investigación fue mucho más allá de lo propuesto por dos razones principales. Primero, porque en Colombia no existe un trabajo igual o similar que haya analizado la materialización del fenómeno de la migración de ideas constitucionales respecto de las tres doctrinas estudiadas. Esto lo convierte en un trabajo pionero y vanguardista al respecto, que trata de evidenciar, analizar y comprender un fenómeno que muchas veces se da por hecho, o que incluso se desconoce.

En segundo lugar, porque propone una metodología distinta de análisis frente a los trabajos hasta ahora realizados por la doctrina constitucional comparada en otros países. Esto se explica porque las demás investigaciones se han concentrado en analizar las citas, influencias e incorporaciones de derecho foráneo que una Corte local ha tenido sobre otra, comparando su contexto social, político y jurídico para luego determinar una posible justificación de la migración. Sin embargo, muy pocos de ellos, se han detenido en analizar cómo evolucionan dichas incorporaciones al interior del ordenamiento de llegada, y las repercusiones que las mismas tienen actualmente.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

### DOCTRINA

AA. VV. “Derecho viviente” y «entrenchment». *Entre constitucionalismo democrático y conservador*. Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, Número 10, enero – diciembre. 2006.

AA. VV. *Tutelas contra sentencias: documentos para el debate*. Dejusticia. Octubre, Bogotá, Colombia. 2006.

AA. VV. *Vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del derecho viviente (Diritto vivente)*, Teoría y praxis investigativa, Vol. 8 No. 2, julio – diciembre, Bogotá, Colombia. 2013.

ACKERMAN, B. *The Rise of World Constitutionalism*. Virginia Law Review, n. 4, vol. 83, 1997.

ACOSTA, P. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia. 2015.

ADLER, M. *Can constitutional borrowing be justified? A comment on Tushnet*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law. Vol.: 1. 1998.

AGUDELO, C. *La “Democracia de los Jueces”: la rama menos peligrosa como poder prodemocrático en la práctica constitucional*”, Tesis doctoral, Universidad de los Andes, Colombia. 2015.

AGUDELO, C. *Una respuesta a la “dificultad contramayoritaria” a partir de las “virtudes pasivas” de los jueces*, Revista Precedente 2014 vol. 5 / julio-diciembre. Cali, Colombia. 2014.

AJANI, G. *Legal Change and Economic performance: an assessment*, en BAKARDJIEVA, A. NERGELIUS, J. *New Directions in Comparative Law*. Edward Elgar Publishing. 2009.

ALBERT, R. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford University Press, Oxford. 2019.

ALBERT, R. *Formas y Función de la enmienda constitucional*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 90. Universidad Externado de Colombia. 2017.

ALBERT, R., BERNAL, C. *Cambio Constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 79. Universidad Externado de Colombia. 2016.

ALDUNATE, E. *Problemas del control preventivo de constitucionalidad de las leyes*. Estudios Constitucionales Año 3 No. 1, 2005.

ALFORD, R. *Misusing international sources to interpret the Constitution*. 98 American Journal of International Law. 57. 2004.

ALPA, G. (Ed.) *Il Giudice e l'uso di sentenze straniere. Modalità E tecniche dell'interpretazione giuridica*. Giuffrè. Milano. 2006.

ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè, Milano. 2006.

ALVIAR, H. *Uso y límites de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia*. En JULIO, A. *Teoría Constitucional y Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

AMOROSO, G. *Le pronunce interpretative della Corte costituzionale nell'anno 1998*, Il foro italiano. Vol. 122, No. 2 febbraio. 1999.

AMOROSO, G. *L'Interpretazione 'adeguatrice' nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità*, en Foro Italico, V, 1998.

ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Comparative Law before the Courts*. British Institute of International and Comparative Law, London 2004.

ANDENAS, M., FAIRGRIEVE, D. *Intent on making mischief: seven ways of using comparative law*, en MONATERI, P. (Ed.). *Methods of Comparative Law*. Edward Elgar. 2012.

ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

ANZON, A. *Interpretazione corretta e interpretazione conforme a Costituzione del regime delle rogatorie internazionali* en Giurisprudenza Costituzionale, 2002.

ARANDA, H. *La doctrina del Derecho Viviente: repercusiones de un cambio de paradigma del sistema tradicional de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano*. Revista Principia Iuris, Vol. 15, No. 28, julio-diciembre. 2017.

ARANGO, M. *El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*. Revista Precedente. 2004.

ARROYO, E., "The Dialogue Between Courts Concerning Directive 93/13 with Special Regard to Default Interest Terms", en JANSSEN, A. – SCHULTE-NÖLKE, H. (Hrsg.), *Researches in European Private Law and Beyond*, Nomos, Baden-Baden, 2020.



ASCARELLI, T. *Giurisprudenza Costituzionale e teoria dell'interpretazione* en *Rivista di diritto processuale*, 1957.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm., 134, México. 2005.

BAGNI, S., NICOLINI, E., PALICI DI SUNI, E., PEGORARO, L., PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze, II, La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*. Giappichelli, Torino, 2016.

BALDASSARRE, A. *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, No. 2. 2006.

BARBOSA, F. *Del derecho de gentes al derecho humanitario en Colombia, 1821-1995: debate sobre una idea constitucional*. Serie Temas de Derecho Público. No. 88. Universidad Externado de Colombia. 2013.

BARNETT, V. *Constitutional Interpretation and Judicial Self-Restraint*. The Michigan Law Review Association. Vol. 39, No. 2. 1940.

BARSOTTI, V., CAROZZA, P., CARTABIA, M., SIMONCINI, A. *Italian Constitutional Justice in Global Context*. OUP. 2016.

BAUDENBACHER, C. *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?* in *Texas International Law Journal*, n. 3, vol. 38, 2003.

BAUM, H. *The Rise of the Independent Director in the West Understanding the Origins of Asia's Legal Transplants*. Cambridge University Press. 2017.

BELLINI, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en *Ricerche Giuridiche*, 2012.

BELOV, S. *Russia: foreign transplants in the Russian Constitution and invisible foreign precedents in decisions of the russian Constitutional Court*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

BENÍTEZ, V. *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*. Temis-Universidad de La Sabana. 2014.

BENJUMEA, P. *Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 12, Número 1. Octubre. 2011.

BENTELE, U. *Mining for Gold: The Constitutional Court of South Africa's experience with Comparative Constitutional Law*. Georgia Journal of International and Comparative Law No. 37. 2009.

BERKOWITZ, D. et al, "Economic Development, Legality and the Transplant Effect", Centre for International Development, Harvard University in WALSH, C., *The 'law' in Law and Development. Law in transition: advancing legal reform*, Autumn 2000 citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Revista Colombiana de Derecho Internacional [en línea] 2003, (diciembre). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400207>> ISSN 1692-8156.

BERNAL, C. *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica. Escritos de Derecho constitucional y Teoría Jurídica*. Serie Intermedia de Filosofía jurídica y Filosofía del Derecho No. 20. Universidad Externado de Colombia. 2018.

BERNAL, C. *La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano*. Revista Precedente. Anuario Jurídico. Universidad ICESI, Cali, Colombia. 2003.

BERNAL, C. *Principio de proporcionalidad y Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2007.

BERNAL, N. *El control de constitucionalidad y la tutela judicial de los derechos fundamentales: dos funciones complementarias del juez constitucional en los procedimientos de revisión de acciones de tutela contra sentencias judiciales*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 338, 2008.

BERNAL, N. *El poder creador del Juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales*. Revista Estudios Socio-jurídicos Estudios Sociojurídicos. vol. 12 No. 1, 2010.

BERTEA, S. *Sul'uso dialettico del precedente giudiziario. Osservazioni in margine a un contributo di Claudio Sarra*. en BIANCHINI, M. –GIOIA, G. Dialogo tra corti e principio di proporzionalità, Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Cedam, Padova 2013.

BICKEL, A. *The least dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. (2nd Edition, Yale University Press, New Haven, CT, 1986.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis; New York: 1962.

BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bars of Politics*. Yale University Press. 1962.

BOCKENFORDE, E.W. *Le droit, l'Etat et la Constitution démocratique*. Bruxelles-París, Bruylant-LGDJ. 2000.

BOGDANDY, A. y PARIS, D. *La construcción de la autoridad judicial: una comparación entre el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Constitucional Federal alemán*. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. No. 43, mayo-agosto de 2019.

BORDALÍ, A. *Jueces constitucionales, un poder incómodo*. En FERRER MAC-GREGOR, E. & LELO, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional*, Tomo V, Juez y sentencia constitucional. Universidad Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons. México. 2008.

BORK, R. H. *Il giudice sovrano. Coercing Virtue, Macerata: Liberi Libri*, 2006; Canivet G., La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke Le juge en tant que comparatiste, in Tulane law review, n. 1, vol. 80, 2005.

BOTERO, C., & JARAMILLO, J. *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*. En UPRIMNY, R.; JARAMILLO, J.; BOTERO, C. & HERREÑO, L. *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Seguridad Jurídica y Garantismo*. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos. Bogotá. 2007.

BOTHA, H. *Comparative law and constitutional adjudication*. Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart No. 55. 2007.

BOTHA, H. *Comparative law and constitutional adjudication*. Jahrbuch des öffentlichen rechts der Gegenwart No. 55. 2007.

BRAVO, J. *La fuerza del precedente judicial*. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 347, 2011.

BREIDENBACH, J. *The Dynamics of Cultural Globalisation. The myths of cultural globalisation*; GERBER, DAVID J., "Globalisation and legal knowledge: Implications for Comparative Law". Tulane Law Review, Vol. 75. citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law. International Law*. Revista Colombiana de Derecho Internacional [en línea] 2003, (diciembre). Págs. 261-276. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400207>> ISSN 1692-8156.

BREWER-CARIAS, A. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2007.

BREWER-CARIÁS, A. *Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consideración del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos*. En FERNÁNDEZ, F. *Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional*. Dykinson. Madrid. 2008.

BREYER, S. *Economic Reasoning and Judicial Review*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. *Tom Bingham and the Transformation of the law: A Liber Amicorum*. Oxford University Press. 2009.

BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Indret. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril. 2010.

BRUDNER, A. *Constitutional goods*. Oxford University Press. Oxford 2004.

BRUST, L. *La sentencia Constitucional en Brasil. Tesis Doctoral*. Universidad de Salamanca, España. 2011.

BRYDE, B. *The Constitutional judge and the international constitutional dialogue*. 80 Tulane Law Review 203. 2005.

BURBANO, M. *El diálogo judicial entre la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia. 2020.

BURGORGUE-LARSEN, L. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial. Versión provisional*. Ponencia presentada en el VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. San Sebastián, Donostia, noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.acoes.es/>

BUXBAUM, H. *From empire to globalization... and back? A post-colonial view of transjudicialism*. 11 Indiana Journal of Global Legal Studies.

CAIRNS, J.; WATSON, W. *Walton, and the History of Legal Transplants*, Georgia Journal of International and Comparative Law. Vol. 41: 637. 2013. Disponible en: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol41/iss3/5>

CALABRESI, G. *A Critical Introduction to the Originalism Debate*. Harvard Law Journal of Law and Public Policy. Vol. 31. No. 3. 2008.

CALABRESI, S., DOTSON, S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 47 Wm. & Mary L. Rev. 743. 2005.

CAMERLENGO, Q. *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*. Giufrè Editore. Milano. 2007.

CAMERLENGO, Q. *Dialogue among Courts. Towards a Cosmopolitan Constitutional Law*. Pavia University Press. Editoriale Scientifica. 2012.

CANIVET; ANDENAS; FAIRGRIEVE. (Eds.). *Comparative Law Before Courts*. Londres. BIICL. 2004.

CANOSA, R. *Interpretación Constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1988.

CAPELLA, J. *Elementos de Análisis Jurídico*. Trotta. Madrid. 1999.

CAPPELLETTI, M. *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, Núm. 17, mayo-agosto. 1986.

CAPPELLETTI, M. *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, Núm. 4, enero-abril. 1982.

CARDUCCI, M. *Dialogo é comparazione? Saggio sul giudice costituzionalista comparatista nella prospettiva del método*, en PEGORARO, L., PAVANI, G. *Metodologia della comparazione. Lo studio dei sistema giudiziari nel contesto euro-americano*. Filodiritto, Bologna, 2014. II ed. 2016.

CARPENTIER, E. *La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 7, No. 2, 2009.

CARROZZA, P. *The Constitutional Court of Belgium and the Use of The Comparative Argument. From the Dialogue with the “sisters Courts” to the Dialogue with the European Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G. *Diritto costituzionale comparato*. Editori Laterza. 2009.

CARTABIA, M.; LATTANZI, G. “*Dialogue between Courts and the Taricco Case*”, *Confluence des droits La revue* [En ligne], 02 | 2020, mis en ligne le 11 février 2020. URL: <http://confluencedesdroitslarevue.com/?p=724>

CASTILLO, S., D’Janon, M., RAMÍREZ, A. *El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación*. *Cuestiones Constitucionales*. Jul-dic. 2019.

CASSESE, S. *Giustizia costituzionale e studio del diritto pubblico*, Quaderni costituzionali, *Rivista Italiana di diritto costituzionali*. 2017.

CAVALLA, F. *Retorica Processo Verità*, Franco Angeli, Milano, 2007.

CAVINO, M. *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*. Volume I – Italia, Francia, Belgio, Germania, Spagna, Portogallo, Brasile, Argentina, Colombia. Giuffrè. 2009.

CEBEIRA, A. *Pluralismo jurídico y derecho vivo: la concepción sociológica de Ehrlich*. En BELLOSO, N. & DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *¿Hacia un Paradigma Cosmopolita del Derecho? Pluralismo Jurídico, Ciudadanía y Resolución de Conflictos*. Dickinson. Madrid. 2008.

CELOTTO, A. *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* No. 1. 2004.

CHANG, W.; YEH, J. *Judges as discursive agent: The use of foreign precedents by the Constitutional Court of Taiwan*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. *Hart Studies in Comparative Public Law*. 2013.

CHÁVEZ, A. *Teoría de los motivos y las finalidades: estado actual y controversia por su aplicación*. En VIDAL, J. DÍAZ, V. & RODRÍGUEZ, G. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

CHEVALLIER, J. *L’État post-moderne*. París, LDDJ, coll. *Droit et société*, 3<sup>a</sup> ED., 2008.

CHIASSONI, P. *Disposición y norma: una distinción revolucionaria*. En POZZOLO, S., ESCUDERO, R. (Eds.). *Disposición vs. Norma*. Lima. Palestra. 2011.

CHOUDHRY, S. (Ed). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge University Press. Cambridge. 2006.

CHOUDHRY, S. *Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation*. *Indiana Law Journal* No. 74. 1999.

CHOUDHRY, S. *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, en CHOUDHRY, Sujit (Editor). *The migration of Constitutional ideas*. Cambridge University Press. 2006.

CICALA, M. *Il diritto vivente, il dubbio e la giurisdizione: l'attualità di Magistratura Indipendente, Il diritto vivente*, Revista quadrimestrale di Magistratura Indipendente. Número 1. Italia. 2016.

CIFUENTES, E. *La jurisdicción constitucional en Colombia*. En GARCÍA, D. & FERNÁNDEZ, F. *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Dykinson. Madrid. 1997.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. *Las sentencias de unificación jurisprudencial y el mecanismo de extensión de la jurisprudencia*, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, con el auspicio del Ministerio de Justicia y del Derecho. 2014.

COORAY, A. *Developing an Indian Constitutional Jurisprudence Drawing on Judicial Thinking in the Rest of the Common Law World*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

CÓRDOBA, J., CASTRO, L. *Bloque de constitucionalidad y derecho blando en Colombia: un asunto no resuelto*. Legis. 2019.

Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma,

COTTERRELL, R. *The sociological concept of law*. Traducción de María Inés Bergoglio. Revista de la Facultad de Derecho. Vol. 1. Núm. 1. Nueva Serie. Universidad Nacional de Córdoba. 2010.

CRISAFULLI, V., *Disposizione (e norma)* en Enciclopedia del diritto, Vol. XIII. Milano: Giuffrè, 1964.

CRUZ, M. *Supremacía Judicial: el control constitucional del derecho viviente en Colombia*. Revista Prolegómenos. Universidad Militar de Colombia. Vol. 21, No. 42. 2018.

D'ATENA, A. *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze*. Relazione conclusiva al Seminario “Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici”, Roma, Italia. 2009.

DATTA, S. *Comprehending and Inquisitioning the ‘Doctrine of Basic Structure’ in India: Urgency to Define the Doctrine*. International Journal of Research and Review. Vol. 7. Issue 3. Marzo 2020.

DAVID, R. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz. París. 1982.

DAVIS, D. *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003.

DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra Corti. Il mulino*. Bologna. 2010. Disponible online en: <https://www.darwinbooks.it/doi/10.978.8815/229625/toc>

DI MANNO, T. *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, Préface de Louis Favoreu, coll. Droit Public Positif, Economica-P.U.A.M.1997.

DIEZ-PICAZO, L. *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 12, Núm. 34, enero-abril. 1992.

DONAGGIO, A. *Limitations of Legal Transplants and Convergence to Corporate Governance Practices in Emerging Markets: The Brazilian Case*, en BOUBAKER, S. and NGUYEN, D. (eds.), *Corporate Governance in Emerging Markets, CSR, Sustainability, Ethics & Governance*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg. 2014.

DOYLE, O., HICKEY, T. *The Use of Foreign Law in Irish Constitutional Adjudication*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

DROBNING, U; VAN ERP, S (Eds.). *The Use of Comparative Law by Courts*. XIV Congrès International de droit compare (Kluwer Law International, The Hague-London-Boston. 1999.

DUPRÉ, C. *Importing Law en Post-Communist Transitions*, Oxford, 2003.

DUPRÉ, C. *The importation of Law. A new perspective and the Hungarian Constitutional Court*, in HARDING, A. ORUCU, E. (Eds.) *Comparative Law in the 21st Century*. Kluwer Law International. 2002.

DWORKIN, R. *Freedom's Law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press. 1996.

EASTERBROOK, F. *Foreign Sources and the American Constitution*, 30 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 223. 2006.

ECHEVERRIA, Á. *El control constitucional colombiano, complejidad del modelo y su posible reforma*, Revista No. 17 del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2011.

EGUIGUREN, F. *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*. En VEGA, J. & CORSO, E. *Tribunales y Justicia Constitucional, Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2002.



EJIMA, A. *A gap between the apparent and hidden attitudes of the Supreme Court of Japan towards foreign precedents*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges. The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

EJIMA, E. *Use of Foreign and comparative Law by the Supreme Court of Japan*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

ELIA, L., *La Giustizia Costituzionale*, Vita Italiana, 1985.

ELSTER, J. *Constitutionalism in Eastern Europe: An introduction*, 58. U. Chi. L. Rev. 1991.

ELSTER, J. *Ulysses and the Sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge University Press. 1979.

ENJUMEA, P. *Críticas vacías: la controversia sobre el uso de fuentes extranjeras en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Año 12, Número 1. Octubre. 2011.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. *Constitutional borrowing and non borrowing*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003.

ESKRIDGE, W. Jr. *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*. International Journal of Constitutional Law, Volume 2, Issue 3, July 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/2.3.555>

ESTUPIÑAN, L., HÉRNANDEZ, C., JÍMENEZ, W. (Coords.) *Tribuanles y justicia constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Tomo I. Universidad Libre, Bogotá D.C. 2017.

FASONE, C. *The supreme Court of Ireland and the use of foreign precedents. The value of constitutional history*, en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

FAVOREU, L. *El bloque de constitucionalidad*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No 5. 1990.

FAVOREU, L. *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Mélanges, Éditions Cujas, Paris, 1975 citado por SUELT-COCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Revista Vniversitas No. 133, 2016.

- FAVOREU, L. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel. 1994.
- FAVOREU, L., LOIC, P. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 1986.
- FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.
- FENTIMAN, R. *Foreign Law in National Courts: A common Law Perspective* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.
- FERNÁNDEZ, F. *La justicia constitucional ante al Siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas Americano y Europeo-Kelseniano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos No. 64. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FERRARESE, M. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna: Il Mulino. 2002.
- FERRARESE, M. *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in *Global Jurist*, n. 1, vol. 9, 2009.
- FERRARI, G (Ed.). *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.
- FERRARI, G. Legal comparison within the case law of the Supreme Court of the United States of America, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.
- FERRARI, G.; GAMBARO, A. (Eds.) *Corti Nazionali e Comparazione giuridica*. Esi, Napoli, 2006.
- FERRER, E.; SÁNCHEZ, R. *Struggling for a open view in constitutional adjudication*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.
- FERRER, E; HERRERA, A. *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Tirant Lo Blanch, México. 2015.
- FERRERES, V. *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- FONTANA, D. *Refined Comparativism in Constitutional Law*, in *UCLA Law Review*, n. 2, vol. 49. 2001.

FRANCO, F. *Legal comparison within the case law of the Supreme Court of the United States of America*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

FRIEDMAN, B., SAUNDERS, C (Eds). *Introduction, Symposium on Constitutional Borrowing*. International Journal of Constitutional Law. 2003.

FROSINI, J. *Splendid Isolation or Open to the World? The Use of Foreign Law by the UK Supreme Court*, en *Judicial Cosmopolitanism*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

GALDÁMEZ, L. *El uso del derecho y jurisprudencia extranjera en los fallos del Tribunal Constitucional de Chile: 2006-2010. Más derecho comparado y menos diálogo interjudicial*. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 No. 1, 2012.

GAMBARO, A., SACCO, R. *Sistemi giuridici comparati*. Utet. Torino. 2008, citado por SOMMA, A. *Introducción al Derecho Comparado*. Universidad Carlos III de Madrid. 2015.

GAMPER, A. *Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly - The Constitutional Court's comparative approach*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

GARCÍA, A. *El no positivismo principalista en Il diritto mite de Gustavo Zagrebelsky*, Anuario de filosofía del derecho XIII. Universidad de Castilla – La Mancha. España. 1996.

GARCÍA, D. *Notas acerca de la interpretación constitucional en América Latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2008.

GARCÍA, E. *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, Revista Española de Derecho Constitucional, Vol. 1 Núm. 1, enero – abril. 1981.

GARCÍA, L. *El juez y el precedente: hacia una reinterpretación de la separación de poderes*, 128 Vniversitas, Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2014.

GARCÍA, M. ed. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Universidad Nacional de Colombia. 2001.

GARCÍA, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 Vniversitas, 2016. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsp>

GARDINO-CARLI, A. *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988.

GARGARELLA, R. *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, by Richard Albert. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 48, enero-abril de 2021.

GARRO, A. *Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12. No. 35. Mayo-agosto. 1992.

GARRO, A. *Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: lecciones del derecho comparado*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, Núm. 24, septiembre-diciembre. 1988.

GASCÓN, M. *Presentación: la concepción del derecho en el "El Derecho Dúctil"*. Universidad Castilla la Mancha. *Anuario de filosofía del derecho* XIII. 1996.

GENTILI, G. *Canada: protecting rights in a "Worldwide rights culture". An empirical study of the use of foreign precedents by the Supreme Court of Canada (1982-2010)*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. *Hart Studies in Comparative Public Law*. 2013.

GEOFFREY, S. *Comparative Law and the Courts: what counts as comparative law?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

GEROTTO, S. *L'uso della comparazione nella giurisprudenza del Tribunale federale svizzero*, en FERRARI, G. y GAMBARO, A. (Eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles. 2006.

GEROTTO, S. *The use of comparison in the Swiss Federal Tribunal Case Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

GIACOMETTE, A. *Acción pública de inconstitucionalidad de las leyes*. En FERRER, E. & LELO, A. *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo VII, Procesos constitucionales orgánicos. Universidad Autónoma de México, Institucional Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons. México. 2008.

GIL, E. *Control de Convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial*. 2 Ed. Tirant Lo Blanch. 2019.

GINSBURG, R. *Looking beyond our border: the value of a comparative perspective in Constitutional adjudication*. 22. Yale Law and Policy Review. 2004.

GLENN, H. *Persuasive Authority*, in McGill Law Journal, n. 2, vol. 32, 1987.

GLENN, H. *Tradizioni giuridiche nel mondo*, Il Mulino, Bologna, 2011.

GLENN, M., GORDON, M., CARROZA, P., *Comparative Legal Traditions*, West, St. Paul (Minn.), 2008.

GLENN, P. *Persuasive Authority*. McGill Law Journal Revue de Droit de McGill. Montréal. Volumen 23. No. 2. 1987.

GLETER, M.; SIEMS, M. *Networks, Dialogue or One-Way Traffic?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

GOBBO, M. *The Practice of Comparative Law by the Supremes Courts of Australia and New Zealand*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston, 2019.

GONZÁLEZ, J. *Teoría de los Móviles y Finalidades en la Acción Pública de nulidad frente a las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado*. Tesis de especialización en instituciones jurídico-procesales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. 2004.

GRABENWARTER, C. *Comparative Law in the Case Law of the Austrian Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

GRAZIADEI, M. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, en REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Segunda Edición. 2019.

GRAZIADEI, M. *The Functionalist Heritage*, en LEGRAND, P. & MUNDAY, R. (Eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press. 2003.

GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

GRAZIANO, T. *La comparaison judiciaire – Légitime, utile, praticable?*, in *Revue suisse de droit international et européen/Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, n. 4, 2014.

GROPPI, T. *¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Rivista di Diritti Comparati. Diciembre 2010. Disponible en: <https://www.diritticomparati.it/bottom-up-globalization/>

GROPPI, T. *¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces en la experiencia italiana*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 107, mayo-agosto 2003.

GROPPI, T. *¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol No. 38/39. 2002.

GROPPI, T. *A User-friendly Court. The Influence of Supreme Court of Canada Decisions since 1982 on Court Decisions in Other Liberal Democracies*, Supreme Court Law Review, 2007.

GROPPI, T. *Bottom – up Globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in Quaderni costituzionali, n. 1, 2011.

GROPPI, T. *Corte constitucional y principio de efectividad*. En FERRER, E. & MOLINA, C. *El juez constitucional en el siglo XXI*, Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México & Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. 2009.

GROPPI, T. *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, Politica del diritto, 2002.

GROPPI, T., LECIS, A. *Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿De la influencia al diálogo?* Revista de Derecho Político No. 91, septiembre-diciembre 2014.

GROPPI, T., MEOLI, C. *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana*. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Traducción por Miguel Carbonell, México. 2008.

GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

GROTE, R. *Las Relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana*. En FERRER, E. & LELO, A. *La Ciencia del derecho procesal constitucional*. Tomo II Tribunales constitucionales y democracia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons. México. 2008.

GUASTINI, R. *Disposizione vs norma*, en Giurisprudenza Costituzionale, No. 34. 1989.

GUASTINI, R. *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001.

GUASTINI, R. *Estudios sobre interpretación jurídica*. UNAM. México. 1999.

GUTIÉRREZ, P. *El tribunal constitucional español y su conflicto con el tribunal supremo. Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*. En FERRER, E. & LELO, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo II. Tribunales Constitucionales y Democracia. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons. México. 2008.

HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill, Boston. 2019.

HÄBERLE, P. *El concepto de derechos fundamentales*, en Problemas actuales de los derechos fundamentales, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. José María Sauca. 1993.

HÄBERLE, P. *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfte" Auslegungsmethode*. 44 JZ. 1989 citado por HABERL, S. *Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: functions, methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court*, en FERRARI, G. *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

HÄBERLE, P. *Métodos y Principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, ReDCE. Año 7, Núm. 13. Enero-junio de 2010.

HÄBERLE, P. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 1992 citado por GROPPI, T. *¿Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales*. Rivista di Diritti Comparati. Diciembre 2010.

HALLIDAY, T.; OSINSKY, P. *Globalization of law*. Annual Review of Sociology, Vol. 32. 2006.

HARDING, S. *Comparative reasoning and judicial review*. Yale Journal of international Law No. 28. 2003.

HASEBE, Y. *Constitutional borrowing and political theory*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003.

HECKENDORN, L. *L'impact du droit étranger et international sur les systèmes juridiques nationaux - comparaisons de développement juridique*, in RSDIE, 2012.

HENAO, J. (Ed.) *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2013.

HENAO, J. *Derecho procesal constitucional*. Temis. Bogotá. 2006.

HENAO, J. *La corte constitucional colombiana, su sistema de control de constitucionalidad y las evoluciones jurisprudenciales*. En Consejo de Estado, Instituciones Judiciales y Democracia. Instituto Francés de Estudios Andinos. Bogotá. 2011.

HENAO, R. *Choque de vanidades, estudio de la acción de tutela en las altas cortes colombianas*. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2007.

HENAO, R. *Tutela contra sentencias de las altas cortes o choque de vanidades*. Prolegómenos No. 17. 2006.

HERNÁNDEZ, J. *Cosa juzgada y control de constitucionalidad*. Elementos de Juicio No. 6-7. 2007.

HERNÁNDEZ, J. *El concepto de inconstitucionalidad en el derecho contemporáneo*. Pontificia Universidad Javeriana & Temis. Bogotá. 2013.

HERNÁNDEZ, J. *El sistema de control de inconstitucionalidad*. Elementos de Juicio No. 4. 2007.

HERNÁNDEZ, R. *La Corte Constitucional italiana*, Revista Judicial No. 120, enero, Costa Rica. 2017.

HINES, C. *De la supremacía de la constitución a la supremacía jurisprudencial*. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo No. 9. 2009.

HIRSCHL, R. *En busca de la identidad: el uso voluntario de fuentes extranjeras en contextos constitucionales disímiles*, en ALBERT, R. BERNAL, C. *Cambio constitucional informal*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2016.

HIRSCHL, R. *Asuntos Comparativos. El renacimiento del derecho constitucional comparado*. Serie Intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho. No. 23. Universidad Externado de Colombia. 2019. Págs. 344-345.

HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 62. 2014.



HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2007.

HOLMES, S. and SUNSTEIN, C. '*The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*', *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Sanford Levinson ed., Princeton University Press. 1995.

HONDIUS, E. *Comparative Law in the Courtroom: Europe and America Compared*, en BUCHLER, A. MULLER-CHEN, M. (Eds.). *Festschrift fur Schwenzer*, Vol 1 Bern: Stampfli, 2011 citado por GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

HONDIUS, E. *Comparative Law in the Courtroom: Europe and America Compared*, en BUCHLER, A. MULLER-CHEN, M. (Eds.). *Festschrift fur Schwenzer*, Vol 1. Bern: Stampfli, 2011.

HUERTA, C. *La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Nueva Serie No. 108. 2003.

JACKSON, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press. Oxford. 2010.

JACKSON, V. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press. 2009.

JACKSON, V. *Yes please, I'd love to talk with you*. Legal Affairs. Julio-agosto, 2004.

JAMES, M.; OSBORN, G. *The Olympics, Transnational Law and Legal transplants: The International Olympic Committee, Ambush Marketing and Ticket Touting*, 36 Legal Stud. 93. 2016.

JARAMILLO, I. *Un examen a los intercambios académicos: más allá de la división entre norte y sur*, en Ed. BONILLA, D. *Geopolítica del Conocimiento Jurídico*. Siglo del Hombre Editores S.A., Universidad de los Andes, Colombia. 2015.

JARAMILLO, S., GNECCO, F. *La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía e integridad de la constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo*, 133 Universitas, 2016. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.tsps>

JIMÉNEZ, A. *The Spanish Constitutional Court and foreign and comparative law: the theory and practice of a marriage of convenience*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

JULIO, A. *El Ministerio Público y la salvaguarda de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México. 2007.

JULIO, A. *Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución Colombiana de 1991*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia. 2003.

KELSEN, H.; KLUG, U. *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 1988.

KENNEDY, D. En LÓPEZ, D. "Prólogo" *Teoría impura del Derecho*. Legis, Universidad Nacional de Colombia y Universidad de los Andes. Bogotá. 2004.

KENNEDY, D. *Prólogo a la Teoría impura del Derecho* de LÓPEZ, D., XIX. Cambridge. 2003.

KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*. Sexta reimpression. Fondo de Cultura Económica. México. 1985.

LASCARRO, D. *Teoría decolonial y constitucionalismo (Andino): límites teóricos y nuevos horizontes*. Tesis de maestría en investigación. Director: Rodrigo Uprimny Yepes. Universidad Nacional de Colombia. 2015.

LLORENTE, R. *Bloque de constitucionalidad*, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995.

L'HEUREUX-DUBÉ, C. *The importance of dialogue: globalization and the international impact of the Rehnquist Court*. Tulsa Law Journal No. 34. 1998

LA PERGOLA, A., *La Giustizia Costituzionale nel 1986*, en Attivita della Corte costituzionale nel giudizio dei suoi Presidenti (1956-1989), Roma, 1991.

LAISE, D. *La interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de América según el originalismo intencionalista. Método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades*. Revista de Historia Constitucional No. 18. Universidad de Oviedo. España. 2017.

LAMARQUE, E., *Le sezioni unite penali 'si adeguano' all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale* en Giurisprudenza Costituzionale, 1999.

LANDAU, D. *Derechos Sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en el derecho comparado*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho No. 72. Universidad Externado de Colombia. 2015.

LANDAU, D. *Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law*. Harvard International Law Journal 51, 2, 2010.

LANE, K. *Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models*. International Journal of Constitutional Law, Volume 1, Issue 2, April 2003.

LAW, D., CHANG, W. *The Limits of Global Judicial Dialogue*, Washington Law Review, 2011.

LAW, D., VERSTEEG, M. *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 N.Y.U. L. Rev. 2012.

LE QUINIO, A. *Recherche sur la circulation des solutions juridiques: le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clemont - Ferrand: LGDJ; 2011.

LEGRAND, P. (ed.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París. 2009.

LEGRAND, P. *Le droit comparé*, PUF, París, 1999.

LEGRAND, P. MUNDAY, R. (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

LEGRAND, P. *The Impossibility of Legal Transplants*. Maastricht Journal of European and Comparative Law. ISSN 1023-263X, Vol. 4, N° 2, 1997.

LEWELLYN, K. "The Constitution as an Institution", Columbia Law Review, vol. 34. 1934.

LONGHI, L. *Certezza del diritto e diritto vivente*, Revista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo. Italia. 2018.

LÓPEZ, D. *Desarrollos recientes en la doctrina del precedente judicial en Colombia*. En JULIO, A. *Teoría Constitucional y Políticas Públicas, Bases Críticas para una Discusión*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.

LÓPEZ, D. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2ª Edición, Legis y Universidad de los Andes. Bogotá. 2006.

LÓPEZ, D. *El derecho de los jueces*. Segunda Edición. Universidad de los Andes/Legis. 2018.

LÓPEZ, D. *El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina*, en 26 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2015.

LÓPEZ, D. *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Universidad de Los Andes. 2004.

LÓPEZ, M. *Teoría de los Móviles y Finalidades en la acción pública de nulidad frente a las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado y su incidencia sobre el derecho de libre acceso a la administración de justicia*. (Tesis de especialización no publicada) Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2004.

LOSING, N. *El recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde) en Alemania: similitudes y diferencias con la tutela colombiana*, Revista de Derecho Público No. 18, Enero 2005, Universidad de los Andes, Bogotá D.C., Colombia. 2005.

LUDWIKOWSKI, R. "Mixed Constitutions"— Product of an East-Central European Constitutional Melting Pot, 16. *B.U. INT'L. L.J.1*, 64. 1998. LUDWIKOWSKI, R. *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies*, In *Constitutional Cultures* 37. Mirosław Wyrzykowski Ed. ISP 2001.

MAK, E. *Comparative Law before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands: an empirical and comparative analysis*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

MARKESINIS, B. *Il metodo della comparazione*. Giuffrè, Milán. 2004.

MARKESINIS, B. y FEDTKE, J. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino, Bolonia. 2009.

MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and the Classroom: The Story of the Last Thirty Five Years*, London: Hart Publishing. 2003.

MARKESINIS, B., FEDTKE, J. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino Ed, Bolonia. 2009.

MARKESINIS, B.; FEDTKE, J. *The judge as comparatist*. Tulane Law Review No. 80. 2005.

MARKESINIS, B; FEDTKE, J. *Judicial Recourse to foreign Law: a new source of inspiration?* U.C.L. Press, London 2006.

MARKESINIS, J. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino, Bolonia, 2006.

MÁRQUEZ, C. *Consideraciones sobre el Derecho Viviente*. Revista de Temas Constitucionales. UNAM, México. No. 1, 2006.

MARSHALL, T. *The Constitution: A living document*, en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc. 1997.

MARTÍN, A. *La Sentencia constitucional en Italia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2003.

MARTINI, S. *Lifting the constitutional curtain? The use of foreign precedent by the German Federal Constitutional Court*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

MAUS, D. *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*. Revista Francesa de Derecho Constitucional No. 80. 2009.

MAZZA, M. *The Russian Constitutional Court and The Judicial Use of Comparative Law: a problematic relationship*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill, Boston, 2019.

McCRUDDEN, C. *A common law of human rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights*. Oxford Journal of Legal Studies No. 20. 2000.

McLACHLIN B. *Keynote Address: The Use of Foreign Law – A Comparative View of Canada and the United States*, en American Society of International Law Proceedings, vol. 104, 2010.

McLACHLIN, B. *The canadian charter of rights and freedoms*. First 30 years: a good beginning, en MENDES, E., BEAULAC, S. (Eds.) *Canadian charter of rights and freedoms*. 2013.

MEJÍA, M., MONNEY, L., & CASTAÑO, C. *Memorias foro sobre la construcción de la jurisprudencia en Colombia*. Deutsche Gesellschaft Für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH & Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. 2012.

MENDIETA, D. *La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia*. Universitas No. 120. 2010.

MILLER, J. *A typology of legal transplants: using sociology, legal history and Argentine Examples to explain the transplants process*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, No. 4. Oxford University Press. 2003.

MIRANDA, H. *La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional*. Revista Judicial, No. 120, Costa Rica, enero de 2017.

MODUGNO, F. y CARNEVALE, P. *Sentenza additive, 'soluzione costituzionalmente obbligata' y declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del 'verso' della richiesta addizione* en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990.

MONATERI, P. (ed.), *Methods of Comparative Law*, Elgar, Cheltenham-Nor-thampton (Mass.), 2012.

MONATERI, P., MATTEI, U. *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padua, 1997.

MONATERI, P. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

MORALES, J. *Procedibilidad de la acción de nulidad contra actos administrativos de contenido particular*. En V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: Los procesos ante las jurisdicciones constitucional y de lo contencioso administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

MORBIDELLI, G., PEGORARO, L. REPOSO, A., VOLPI, M. *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Turín, 2012.

MORELLI, S. *La Corte Constitucional: ¿Un Legislador Complementario?* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1997.

MORENO, D. *El deber de la Corte de autocontrolar la constitucionalidad de sus actos de control por vicios de competencia*, en *¿El Estado Constitucional en Jaque?* Tomo III. Universidad Externado de Colombia. 2018.

MORENO, L. *Tutela contra sentencias. Procedencia y modalidades jurisprudenciales en Colombia (1992-2006)*, Universidad Sergio Arboleda, Vol. 9, Núm. 16. Bogotá. 2009.

MOSENEKE, D. *The role of comparative and public international law in domestic legal systems: a South African perspective*, Advocate, Dec. 2010 citado por HIRSCHL, R. *In search of an identity: voluntary foreign citations in discordant constitutional settings*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 62. 2014.

MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional [en línea] (diciembre). 2003. Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400207>> ISSN 1692-8156.

MURPHY, S. *United States Practice in International Law*. Cambridge University Press. Volume 2, 2002-2004.

NAVOT, S. *Israel: creating a Constitution-The use of foreign precedents by the Supreme Court (1994-2010)* en GROPP, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

NELKEN, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldeshot, 1997.

NELKEN, D., FEEST, J. (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.), 2001.

NICOLA, F. *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 58, No. 4, Critical Directions in Comparative Family Law (FALL), Oxford University Press. 2010.

NISIMBLAT, N. *Derecho procesal constitucional y derecho probatorio constitucional en Colombia*. Estudios Constitucionales Vol. 10 No. 2. 2012.

NOGUEIRA, H. “*El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno*”, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Vol. 9, N° 2, 2011.

NOGUEIRA, H. “*Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos*” en Anuario de Derecho Latinoamericano. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer. Edición 2000.

NOGUEIRA, H. *El derecho procesal constitucional a inicios del Siglo XXI en América Latina*. Estudios Constitucionales. Año 7, 1, 2009. Universidad de Talca, Chile. Págs. 13-58.

NUCERA, C. *L'influence du précédent étranger sur le juge national*, en Dir. Imp. Europa, 2009.

O'CONNOR, S. *Broadening Our Horizons: Why American Lawyers Must Learn About Foreign Law*, 45 Federal Law 20. 1998.

OLIVEIRA, L. *No me venga con el Código de Hammurabi...la investigación socio jurídica en los estudios de posgrado en derecho, en Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editado por Christian Courtis. Editorial Trotta. 2006.

OLIVETTI, N. *La comparazione nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, en FERRARI, G., GAMBARO, A. (Editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles. 2006.

OLIVETTI, N., PENNICINO, S. *Comparative Law in the Jurisprudence of the Supreme Court of Canada*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill, Boston, 2019.

ORJUELA, C. *¿Tutela contra providencias judiciales?* Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 326. 2004.

ORRÙ, R. *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, en FERRARI, G. y GAMBARO, A. (Eds), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles. 2006.

ÖRÜCÜ, E. *Methodological Aspects of Comparative Law*. 8 Eur. Journal of Law. 2006.

ÖRÜCÜ, E., “*Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*”, Electronic Journal of Comparative Law; en ÖRÜCÜ, E., “*Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24-26th 2002.

ÖRÜCÜ, E., “*Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*”, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, No. 59 [Preliminary Report for the Dutch Association of Comparative Law], Kluwer, Deventer 1999.

ÖRÜCÜ, E., “*Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24-26th 2002.

ÖRÜCÜ, E., NELKEN, D. (eds.), *Comparative Law*, Hart, Oxford-Portland (Oreg.). 2007.

OSIATYŃSKI, W. *Paradoxes of constitutional borrowing*. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, April 2003.

OST, F. y VAN DE KERCHOVE, M. “*Elementos para una Teoría Crítica del Derecho*”, en Revista de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. 2001.

OTERO, I. *El control de constitucionalidad efectuado a la reforma del equilibrio de poderes y el reajuste institucional: una aproximación a la ilegitimidad que ostenta el Legislativo frente al poder judicial*, en PADRÓN, F., CORREA, M. *¿El Estado Constitucional en Jaque? Tomo IV*. Universidad Externado de Colombia. 2018.

OTERO, I. *La aplicación del derecho de gentes en la Constitución de 1863*. Serie Tesis de Grado. No. 68. Universidad Externado de Colombia. 2014.

PALERMO, F. *La Corte Costituzionale austriaca e la comparazione giuridica*, a cura di FERRARI, G., e GAMBARO, A. Napoli, 2006 citado por BRITO, R. *El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Abril, 2010.



PALERMO, F., TRETTEL, M. *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo “vivente” in Germania e in Austria*, en: *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2015.

PARDO, J. *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1990.

PARRISH, A. *Storm in a teacup: The Supreme Court's use of foreign law*. University of Illinois Law Review. 2007 citado por GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

PASSAGLIA, P. *Comparative Law and the French Constitutional Council*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

PASSAGLIA, P. Corte Costituzionale e comparazione giuridica: un'analisi (molto) sinedotica, una conclusione (quasi) sinestetica, en *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale nel decennio 2006-2016*. ESI. Napoli. 2017.

PEGORARO, L. FIGUEROA, G. *Las citas doctrinales en las sentencias de los Tribunales Constitucionales. Especial análisis de aquellas incorporadas en los pronunciamientos de acción de inconstitucionalidad de la Suprema Corte de Justicia mexicana*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre de 2016.

PEGORARO, L. *Judges and Professors: the influence of foreign scholarship on constitutional Courts decisions*, en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D. (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

PEGORARO, L. *L'argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, en FERRARI, G., GAMBARO, A. *Corti nazionali e comparazione giuridica*, ESI, Napoli, 2006.

PEGORARO, L. *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, en *Quaderni Costituzionali*, a. VII, n. 3. 1987.

PEGORARO, L. *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*. CLUEB. Bologna. 2007.

PEGORARO, L. *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato: un'analisi comparatistica*. CLUEB. Bologna. 2007

PEGORARO, L. *Ruolo della dottrina, comparazione e “legal tourism”*. *Diálogos de saberes*. No. 43. Julio-diciembre 2015.

PEGORARO, L. y DAMIANI, P. *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1. PIZZORUSSO, A. *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Giuffrè, Milán. 1999.

PEGORARO, L., RINELLA, A. *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Cedam, Padua, 2002.

PEGORARO, L., RINELLA, A., *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova, 2013.

PEGORARO, L.; RINELLA, A. *Derecho Constitucional Comparado*. Astrea. 2016.

PEGORARO, L., FIGUEROA, G. (Coords.) *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México. 2016.

PEÑA TORRES, Marisol. *El diálogo entre el Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. Editorial. Revista. 2012.

PEÑA, M. *El diálogo entre el Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. Editorial. Revista. 2012.

PÉREZ, A. *Teoría del Derecho: Una Concepción de la Experiencia Jurídica*. 3ª Edición, Tecnos. Madrid. 2004.

PÉREZ, F. *El conflicto entre las altas cortes y la acción de tutela contra providencias judiciales*. V jornadas de derecho constitucional y administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.

PÉREZ, Ó. *Dilemas constitucionales y decisiones judiciales*, Universidad Carlos III de Madrid, España. 2010.

PERJU, V. *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, edited by ROSENFELD, M. and SAJO, A. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PETRONE, E. *Il valore del precedente straniero nella giurisprudenza italiana degli anni 50 ad oggi*, in *Contr. Impr. Europa*, 1, 2010.

PIERDOMINICI, L. *The Supreme Court of Israel and the use of Comparative Law*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. 2019.

PIZZORUSSO, A. *I sistemi di giustizia costituzionali: dai modelli alla prassi* en Quaderni Costituzionali, 1982.

PIZZORUSSO, A. *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milán, 1998.

PLAZAS, M. *Ideas Políticas y Teoría del Derecho*. Temis. Bogotá. 2003.

POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

POLACCHINI, F. *Foreign Law and Foreign Case Law before Latin American Constitutional and Supreme Courts*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

PONTHOREAU, M. *La reconnaissance des droits non écrits par le cours constitutionnelles italienne et français. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Económica. París. 1994.

PONTHOREAU, M. *Le recours aux Argument de droit comparé' par le Juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, en MELIN, F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005 citado por CARPENTIER, E. *La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Año 7, No. 2, 2009.

POSNER, R. *No thanks, we have our own laws*. Legal Affairs. Julio-agosto, 2004. Disponible en: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/featureposnerjulaug04.msp>

POSNER, R. *The meaning of judicial self-restraint*, Indiana Law Journal, Vol. 59, No. 1, 1983.

POSNER, R. *The meaning of judicial self-restraint*. University of Chicago Law School. Journal Articles, 1983.

POZZOLO, S. *Apuntes sobre el "neoconstitucionalismo"*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 1. 2015.

PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalita e "diritto vivente"*. Genesi, Uso, Implicazioni. Pubblicazioni della facolta giuridica dell'universita di Ferrara. 1994.

PUGIOTTO, A. *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milan, 1994.

QUINCHE, M. *El objeto en la acción de constitucionalidad*. Universidad del Rosario. 2015.

QUINCHE, M. *El Precedente judicial y sus reglas*. Legis. Bogotá. 2014.

- QUINCHE, M. *La acción pública de inconstitucionalidad*. Universidad del Rosario. 2015.
- RACIMO, F. *El activismo judicial. Sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional*. Revista Jurídica. Universidad de San Andrés. Argentina. No. 2. octubre de 2015.
- RAI, D. *Golaknath, I.C. vs State of Punjab (1967): overview and analysis*. Ipleaders. 2019.
- RAMELLI, A. *Aspectos controversiales del bloque de constitucionalidad en Colombia*. Cuadernos de Derecho Constitucional. Ámbito Jurídico. Brasil. 2011.
- RAMELLI, A. *Luces y sombras del ejercicio del test de sustitución en Colombia*. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N° 48, enero-abril de 2021. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01229893.n48.02>
- RAMÍREZ, G. *The Unconstitutionality of Constitutional Amendments in Colombia: The Tension Between Majoritarian Democracy and Constitutional Democracy*, en BUSTAMANTE, T., FERNANDES, B. (Eds.) *Democratizing Constitutional Law*, Springer International Publishing Switzerland. 2016.
- RAMSEY, M. *International materials and domestic Rights: reflections on Atkins and Lawrence* 98 American Journal of International Law 69. 2004.
- RAUTENBACH, C. South Africa: *Teaching an "old dog" new tricks?* en GROPPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.
- RAUTENBACH, C., DU PLESSIS, L. *In the Name of Comparative Constitutional Jurisprudence: The Consideration of German Precedents by South Africa Constitutional Court Judges*, 14 en German Law Journal, 2013.
- RAUTI, A. *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza* (in margine Allá sent. Cost. n. 207/2001) en Giurisprudenza Costituzionale, 2002.
- REY, E. *Acción popular de inconstitucionalidad*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 1. 2004.
- RIDOLA, P. *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, en ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e techine della comparazione giuridica*. Giuffré, Milano. 2006.
- RINELLA, A. *La Corte costituzionale del Sudafrica: il contributo del diritto comparato al consolidamento della democrazia*, en FERRARI, G. y GAMBARO, A. (Editores), *Corti nazionali e comparazione giuridica*. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles. 2006.

RINELLA, A., CARDINALE, V. *The Comparative Legal Tool-kit of the Constitutional Court of South Africa*, en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

RIVIECCIO, D. *L'uso giurisprudenziale della comparazione in ambito civilistico*, en *Ricerche Giuridiche*, 2012.

ROA, J. *Control de constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Universidad Externado de Colombia/Tirant Lo Blanch. 2018.

ROCHER, J. *Judicial Self-Restraint*, *American Political Science Review*, 1955.

RODRÍGUEZ, M. *La acción pública de inconstitucionalidad en su centenario y los orígenes del control abstracto y concentrado de constitucionalidad*. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* No. 346. 2011.

RODRÍGUEZ, M. *La dificultad contra-mayoritaria en el caso colombiano. Acción pública de inconstitucionalidad y democracia participativa*. *Revista de Derecho del Estado* No. 8. 2000.

ROLLA, G.; CECCHERINI, E. *Scritti di diritto costituzionale comparato*. ECIG, Universitas. VI Edizione. 2009.

ROMBOLI, R. *La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado vía incidental*. *Revista Española de derecho constitucional*, Año 16, Núm. 48, septiembre - diciembre. 1996.

ROSENFELD, M. *Constitutional migration and the bounds of comparative analysis*. 58 N. Y.U. Ann. Surv. AM. L. 67, 72 2001.

ROSENFELD, M. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*, en *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Duke University Press. 1994.

ROSENKRANTZ, C. *Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law*. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 1, Issue 2, April 2003.

ROZNAI, Y. *Unconstitutional constitutional amendments: A study of the nature and limits of constitutional amendment powers*. Ph.D. dissertation. London School of Economics, London. 2014.

RUBIO, F. *Il Diritto Mite, Gustavo Zagrebelsky*, *Revista Española de Derecho constitucional*, Año 14, No. 40, enero-abril. 1994.

RUBIO, F. *La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho*, Revista Española de Derecho constitucional, Año 8, No. 22, enero-abril. 1988.

RUBIO, F. *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, Revista Española de Derecho constitucional, Año 12, No. 35, mayo-agosto. 1994.

RUBIO, F. *Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, Revista Española de Derecho constitucional, Año 2, No. 4, enero-abril. 1992.

RUNDELL, O. S. *The Judge as Legislator*, En University Of Kansas City Law Review, n. 4, vol. 26, 1958.

SAAVEDRA, L., LOZANO, L. *Vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia como doctrina probable frente a la doctrina del derecho viviente*. Teoría y Praxis Investigativa. Vol. 8 No. 2. Bogotá, Julio-Diciembre de 2013.

SACCO, R. *Introduzione al Diritto Comparato*. Utet, Turín. 1991.

SACCO, R. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law (II)* 39 Am J. Comp. L. 1991.

SACCO, R., ROSSI, P. *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1992.

SACCO, R., ROSSI, P. *Introduzione al diritto comparato*, Turin: UTET. 1992.

SACCO, R. *Le buts et les méthodes de la comparaison du droit*, en Associazione Italiana di Diritto Comparato, *Rapport nationaux italiens au IX Congrès International de Droit Comparé*. Milano, Giuffrè. 1974.

SACCO, R. *Che cos'è il diritto comparato*. Milano, Giuffrè. 1982.

SALIM, M. *Are legal transplants imposible?* Journal of Comparative Law. 2009. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/228235489\\_Are\\_Legal\\_Transplants\\_Impossible](https://www.researchgate.net/publication/228235489_Are_Legal_Transplants_Impossible)

SALINAS, C. *El “choque de trenes” entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado: los juegos jurídicos meta normativos en Colombia*. Universidad de Salamanca, Cuadernos Manuel Giménez Abad. 2017.

SALVATO, L. *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*. Corte Costituzionale, Italia. 2015.

SÁNCHEZ, A. *Sentencias interpretativas y control de constitucional en Colombia*. Editorial Ibáñez. 2005.

SANDULLI, A. *La giurisprudenza amministrativa italiana e l'uso delle sentenze straniere*, en ALPA, G. *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*. Giuffrè, Milano. 2006.

SANTOS, C. *Is there a middle ground between Constitutional Patriotism and Constitutional Cosmopolitanism? The portuguese Constitutional Court and the use of Foreign (case) Law* en FERRARI, G. *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

SARRA, C. *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso "dialettico" del precedente giudiziario*, in BIANCHINI, M. – GIOIA, G. *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, *Atti del I Convegno Dei Colloquia dei Ricercatori della scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, Cedam, Padova 2013.

SARRA, C. *La dimostrazione retorica: analisi di un 'arringa contemporanea*, en CAVALLA, F. *Retorica Processo Verità*, Franco Angeli, Milano, 2007.

SAUNDERS, C. *Judicial engagement with comparative law*, en GINSBURG, T.; DIXON, R. *Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar. 2011.

SAUNDERS, C. *The use and misuse of comparative constitutional law*. *Indiana Journal of Global Legal Studies* No. 13. 2003.

SAUNDERS, C.; STONE, A. *Reference to foreign precedents by the Australian High Court: a matter of method*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *Judicial Cosmopolitanism: The use of foreign precedents by constitutional judges*. Brill. Boston. 2019.

SCALIA, A. *Commentary*, 40 *St. Louis U. L. J.* 1996. Citado por GRAZIANO, T. *Is it legitimate and beneficial for judges to compare?* en ANDENAS, M.; FAIRGRIEVE, D (Eds.) *Courts and comparative law*. Oxford University Press. 2015.

SCALIA, A. *Dissenting Opinion in US SC*, *Roper v. Simmons*, US 551; 2005.

SCARCIGLIA, R. *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006.

SCHAUER, F. *The politics and incentives of legal transplantation*, *CID Working Paper Series* 2000. 44, Harvard University, Cambridge, MA, April 2000.

SCOTTI, V. *India: A "Critical" use of Foreign Precedents in Constitutional Adjudication*, en GROPPi, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. *Hart Studies in Comparative Public Law*. 2013. Los casos a los cuales se refiere Scotti son *Coleman*

*vs Miller*, 307 US 443 (1939); *Luther vs Borden*, 48 US 1 (1849); *Baker vs Carr*, 369 US 186 (1962); y *Marbury vs Madison*, 5 US 137 (1803).

SIERRA, H. *La Administración de Justicia en el Estado Social de Derecho colombiano*. Ponencia presentada en el IV ENCUENTRO NACIONAL DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. 2007.

SLAUGHTER, A. *A Global Community of Courts*. 44 Harvard International Law Journal. 2003.

SLAUGHTER, A. *A new world order*. Princeton University Press. Princeton, 2004.

SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review Vol. 29. Iss. 1. Article 6. 1994.

SMORTO, G. *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, en Eur. dir. pri., 2010.

SOLANO GONZÁLEZ, E., ARANGO DÍAZ, A. *Tribunales transformadores, tribunales reformadores. ¿El Estado Constitucional en Jaque?* Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. 2018.

SOLANO, E. *La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional*. Tesis de Grado, Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.

SOLÓRZANO, J. *La garantía de los DESCAs a través del diálogo judicial y arbitral*. Anuario colombiano de derecho internacional. Universidad del Rosario. 2020.

SOLUM, L. *Semantic Originalism*, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers, Series No. 07-24, 2008.

SOLUM, L. *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*" (ed.) G. Huscroft & B. W. Miller, en *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York, Cambridge University Press, 2011.

SOMMA, A. *Introducción al derecho comparado*, traducción de Esteban Conde Naranjo, Universidad Carlos III de Madrid, 2015. Disponible en versión electrónica en: <http://hdl.handle.net/10016/20259>

SOMMA, A. *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*. Giuffrè, Milano. 2001.

SOMMA, A. *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*. Giappichelli, Turín, 2005.



SOMMA, A. *Uso complementare della comparazione*, en AA.VV. *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, en Quad. Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile No. 7, 2004.

SOMMA, A., HABERL, S. *Uso complementare della comparazione giuridica e giurisprudenza costituzionale nell'esperienza tedesca*, en FERRARI, G., GAMBARO, A. (Eds.) *Corti nazionali e comparazione giuridica*, en Edizioni Scientifiche Italiane. 2006.

SORRENTI, G. *L'interpretazione adeguatrice' della legge. Fondamento, natura e implicazione di un pratica dei giudici e della Corte costituzionale*. Milano, 2002.

SPERTI, A. *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*. Rivista di Diritto Costituzionale. 2006.

SPERTI, A. *I Giudici Costituzionali e la Comparazione Giuridica*. Giornale di Storia Costituzionale, 11, 2006.

SPERTI, A. *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell'esperienza più recente*, en Rivista di Diritto Costituzionale. 2006.

SPIGNO, I. *Namibia: The Supreme Court as a foreign law importer*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

SUELTCOCK, V. *El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del Bloque en derechos en Colombia*. Revista Universitas No. 133, 2016.

SZENTE, Z. *Hungary: Unsystematic and incoherent borrowing of law. The use of foreign judicial precedents in the jurisprudence of the Constitutional Court, 1999-2010*, en GROPPI, T., PONTTHOREAU, M. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Hart Studies in Comparative Public Law. 2013.

TARUFFO, M. *Precedente e giurisprudenza*, en Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile No. 3. 2007.

TAWFIK, M. *No longer in splendid isolation: The globalization of National Courts and the internationalization of intellectual property*. 32 Queens Law Review. 2007.

TEBBE, N.; TSAI, R. *Constitutional Borrowing*. Michigan Law Review, Vol. 108, No. 4. Febrero, 2010. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40379823>

TÉLLEZ, C. *Control de Constitucionalidad del Derecho Viviente del Consejo de Estado*. Tesis de grado de Maestría en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2015.

TEUBNER, G. *Legal irritans: good faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences*. 61 Mod. Law Review. 1998.

THAYER, J. The origins and the scope of the American Doctrine of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, 7. 1893.

THIRUVENGADAM, A. The use of foreign law in Constitutional cases in India and Singapore. Empirical Trends and Theoretical concerns, Working Paper on VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, 2010.

THOMAS, J., concurring in denial of certiorari. Corte Suprema de Justicia de EE. UU. Fallo judicial Foster vs. Florida, 537 U. S. 990, n. 2002.

TOBÓN, M.; MENDIETA, D. El (des) control de constitucionalidad en Colombia. Estudios Constitucionales, Vol. 16, No. 2. Santiago, diciembre 2018. Disponible en [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn7](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000200051#fn7)

TOOHEY, L. *Transplanted constitutionalism or transplanted constitution? Application of transplantation theory to constitutional reform*. The University of the South Pacific. Conference Papers No. 10. Port Vila, Vanuatu, 2005.

TOVAR, F. *Sustitución constitucional y objeción democrática: una tensión aparente*. Revista Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. No. 12, abril-septiembre 2017.

TRIPATHI, PK. *Foreign precedents and constitutional law*. Columbia Law Review 57. No. 3. 1957.

TUSHNET, M. *Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law*. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, Vol.: 1. 1998.

TUSHNET, M. *Taking the Constitution away from Courts*. Princeton University Press. 2000; KRAMER, L. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. 2005.

TUSHNET, M. *The inevitable globalization of constitutional law*. 49 Val. International Journal of Constitutional Law. 2009.

TUSHNET, M. *The possibilities of comparative constitutional law: Some lessons from Hamdan*, Yale Law Journal 108, 6, 1999.

TWINING, W. *Derecho y globalización*. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002.

UPRIMNY, R. *¿En que esta el debate colombiano de la tutela contra sentencias?* En UPRIMNY, R., JARAMILLO, J.; BOTERO, C. & HERREÑO, L. *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Seguridad Jurídica y Garantismo*. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y Derecho Alternativos. Bogotá. 2007.

UPRIMNY, R. *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá. 2001.

VANDERLINDEN, J. *Comparer les droits*. Story-Scientia, Diegem, 1995.

VARGAS, C. *La función creadora del Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Vol. XXXII. No. 92. Enero-junio. 2011.

VEGA, J. *El bloque de constitucionalidad, la justicia y la seguridad jurídica implícitos en la configuración del funcionario de hecho*. Revista Derecho y Políticas Públicas. No. 21. Junio de 2015.

VÉLEZ, J. *El control concreto de constitucionalidad*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Revista Jurídica de Derecho Público, Tomo 5, mayo. 2011.

VIVARES, Luis. *La acción de inconstitucionalidad como proceso voluntario*, Universidad Pontificia Bolivariana, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 39, Núm. 11, Julio – diciembre. 2009.

WATSON, A. “*Legal culture v. Legal tradition*”, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24- 26th 2002 citado por MOSQUERA, I. *Legal transplants and Comparative Law*. Revista Colombiana de Derecho Internacional [en línea] 2003, (diciembre). Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400207>> ISSN 1692-8156.

WATSON, A. *Aspects of Reception of Law*. The American Journal of Comparative Law, Vol. 44, No. 2, Oxford University Press. Spring, 1996. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840712>

WATSON, A. *From legal transplants to legal formants*. Oxford University Press. The American Journal of Comparative Law, Vol. 43, No. 3. Summer, 1995. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/840649>

WATSON, A. *Legal transplants*. Scottish Academic Press Ltd. Edinburgh. 1974.

WHITTINGTON, K. *Originalism: a Critical Introduction*. Fordham Law Review. Vol. 82. 2013.

WILLIAMS, B. *What has Philosophy to learn Tort Law?* en *Philosophical Foundations of Tort Law* 487. David G. Owen ed., Clarendon Press. 1995.

WOOD, DS. *In defence of transjudicialism*. 44 *Duquesne Law Review* 93. 2004.

WU, T. *Foreign Exchange: should the Supreme Court care what other countries think?* *Slate*, 2004.

ZAGREBELSKY, G. *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna. 2008.

ZAGREBELSKY, G. *Corti costituzionali e diritti universali*. *Rivista trimestrali di diritto pubblico* No. 297. 2006.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*. Editorial Trotta. Madrid. 2008.

ZAGREBELSKY, G. *La doctrine du droit vivant* en *Cahiers du C.D.P.C.*, vol. III, 1988.

ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte Costituzionale (Atti del Convegno, Trieste 26-28, maggio, 1986)*, Milano, 1988.

ZAGREBELSKY, G. *La dottrina del diritto vivente*. *Giurisprudenza Costituzionale* I. 1986.

ZAGREBELSKY, G. *Principios y Votos*. *El Tribunal Constitucional y la Política*. Editorial Trotta. 2008.

ZAGREBELSKY, G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, ISSN 0185-1810, N°. 248, 2007.

ZAGREBELSKY, G. *Realismo y concreción del control de constitucionalidad de las leyes en Italia*. En FERRER, E. & LELO, A. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Tomo VIII. *Procesos Constitucionales Orgánicos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional & Marcial Pons. México. 2008.

ZENO-ZENCOVICH, V. *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?* en *Diritto Pubblico Comparato e europeo*. 2005.

ZENO-ZENCOVICH, V. *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4. 2005.

ZENO-ZENCOVICH, V. *The Italian Constitutional Court*, en *The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*. Brill. Boston. 2019.

ZWEIGERT, K. *Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode*. 15 Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. 1949.

ZWEIGERT, K., y KÖTZ, H. *Introducción al derecho comparado*. Oxford University Press, México. 2008.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

### **COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL**

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992. MP. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-424 de 1992. MP. Jaime Sanín Greiffenstein, Simón Rodríguez Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-444 de 1992. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-543 de 1992. MP. José Gregorio Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-180 de 1994. MP. Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-423 de 1995. MP. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-505 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-600A de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-135 de 1996 MP. Jorge Arango Mejía, Alejandro Martínez Caballero, Antonio Barrera Carbonel.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-136 de 1996. MP. José Gregorio Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 1997. MP. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-582-99 MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-471 de 1997. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-480 de 1998. MP. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-543 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-273 de 1999. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-521 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-568 de 1999. MP. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-582 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-256 de 2000 MP. José Gregorio Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-836 de 2001. MP. Rodrigo Escobar Gil. AV. Manuel José Cepeda, Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1294 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-200 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-487 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-887 de 2002. MP. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-207 de 2003. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-482 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-551 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-901 de 2003. MP. Rodrigo Escobar Gil. SV. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-968 de 2003. MP. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1093 de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1114 de 2003. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1200 de 2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-666 de 2003. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 2004. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-569 de 2004. MP. Rodrigo Uprimny Yepes.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-758 de 2004. MP. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 2004. SV. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2004. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-970 de 2004. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-971 de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia S. C-043 de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. SV. Jaime Araujo Rentería.



COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-836 de 2004. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1043 de 2005. Salvamentos de Voto. MP. Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. sentencia C-1040 de 2005. MP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.SV. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1040 de 2005. MP. Manuel José Cepeda, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-335 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-987 de 2005. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-987 de 2005. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-951 de 2005. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006. MP. Clara Inés Vargas-Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-342 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Aclaración de Voto. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. MP. Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006. MP. Manuel José Cepeda, Jaime Córdoba, Rodrigo Escobar, Marco Gerardo Monroy, Álvaro Tafur, Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-664 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-669 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-803 de 2006. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-825 de 2006. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-389 de 2006. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-579 de 2006. MP. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-950 de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia S.V. C-830 de 2007. MP. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2008. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1122 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2008. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-802 de 2008. MP. Clara Inés Vargas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-248 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. MP. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-417 de 2009. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Salvamento de Voto. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 2009. MP. María Victoria Calle.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-488 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. SV. Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt, Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-637 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-896 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-898 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-042 de 2009. MP. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-539 de 2009. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010. SV. Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-397 de 2010. SV. Mauricio González Cuervo, María Victoria Calle, Jorge Ignacio Pretelt.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-842 de 2010. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia A-072 de 2011. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia. C-441 de 2011. MP. Juan Carlos Henao Pérez. Salvamento de Voto de María Victoria Calle.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. Salvamento de Voto de Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 2011. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-740 de 2011. MP. Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia A-170 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-1056 de 2012. SV. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero, Alexei Julio Estrada, Jorge Ignacio Pretelt.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-249 de 2012. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-249 de 2012. SV. Luis Ernesto Vargas, Mauricio González, Jorge Ignacio Pretelt, Humberto Sierra Porto.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio. Salvamento Parcial y Aclaración de Voto de Luis Ernesto Vargas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-645 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2012. MP. Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 2013. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2013. MP. Jorge Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-304 de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-740 de 2013. SV. Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero, Jorge Ignacio Pretelt, Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-265 de 2013. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-664 de 2013. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-390 de 2014. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2014. MP. María Victoria Calle.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-418 de 2014. MP. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014. MP. Martha Victoria Sáchica Méndez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-635 de 2014. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-668 de 2014. MP. Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-555 de 2014. MP. Jorge Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2015. MP. Jorge Iván Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-259 de 2015. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-284 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza. Salvamentos de Voto de Mauricio González Cuervo, Isabel Cristina Jaramillo, Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-621 de 2015. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 2015. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-683 de 2015. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-053 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-193 de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2016. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 2016. SV. Alejandro Linares Cantillo, Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016. MP. Gloria Stella Ortiz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-373 de 2016. MP. Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2016. MP. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-214 de 2016. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-280A de 2016. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-136 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-166 de 2017. MP. José Antonio Cepeda.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2017. MP. Gloria Stella Ortiz.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-192 de 2017. MP. María Victoria Calle.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-322 de 2017. MP. Antonio José Lizarazo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-344 de 2017. MP. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-350 de 2017. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

COLOMBIA. Corte Constitucional. sentencia C-630 de 2017. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. sentencia. C-332 de 2017. MP. José Antonio Lizarazo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-001 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 2018. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-017 de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-044 de 2018. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-076 de 2018. MP. Alberto Rojas Ríos.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-005 de 2018. MP. Carlos Bernal Pulido. Salvamentos de Voto de Cristina Pardo, Diana Fajardo, Alberto Rojas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018. MP. Alberto Rojas Ríos, Rodrigo Uprimny Yepes.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-245 de 2019. MP. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 2019. MP. Alejandro Linares Cantillo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-420 de 2019. MP. José Fernando Reyes Cuartas.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2020. MP. Cristina Pardo.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-140 de 2020. MP. Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-198 de 2020. MP. Luis Guillermo Guerrero.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-146 de 2020. MP. Diana Fajardo Rivera.

COLOMBIA. Corte Constitucional. SU-146 de 2020. MP. Diana Fajardo Rivera.

## **COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Unitaria, Auto del 28 de octubre de 1955. MP. Luis Enrique Cuervo.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Unitaria, Auto del 30 de enero de 1956. MP. Ignacio Gómez-Posse,

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 28 de noviembre de 1957. MP. Guillermo Hernández-Peñalosa.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 16 de abril de 1971. MP. Guillermo González-Charry.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 23 de marzo de 1973, MP. Eustorgio Sarria.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Asuntos Constitucionales, sentencia del 5 de mayo de 1978. MP. José María Velasco-Guerrero.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Asuntos Constitucionales, sentencia del 16 de octubre de 1979. MP. Alfonso Suárez de Castro.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 58 del 10 de diciembre de 1981, MP Carlos Medellín, Ricardo Medina Moyano y Luis Carlos Sáchica.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de agosto 15 de 1985, MP. Carlos Medellín

## **JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL**

### **ALEMANIA**

ALEMANIA. Tribunal Constitucional. Sentencia del 24 de julio de 1968

ALEMANIA. Tribunal Constitucional. Sentencia del 11 de abril de 1978

### **EEUU**



EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Johnson vs. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543, 574–85, 592–96 de 1823.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Worcester vs. Georgia*, 31 U.S. 515, 551–552 de 1832.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Pennoyer vs. Neff*, 95 U.S. 714, 729–30 de 1877.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Reynolds vs. United States*, 98 U.S. 145, 164–65 de 1879.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Dred Scott vs. Sandford*, 60 U.S. 393, 407–08, 451 de 1857.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Jacobson vs. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 31–32 de 1905.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Missouri vs. Holland* 252 U.S. 416 de 1920.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Wickard vs. Filburn*, 317 U.S. 111, 125–26 de 1942.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Youngstown Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, 343 U.S. 579, 651–52 de 1952.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Brown v. Board of Education* de 1954.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 103 de 1958.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Gideon v. Wainwright* de 1963.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Reynolds v. Sims* de 1964.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 486–87 de 1966.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 136–38 de 1973.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 573 de 2003.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 718 n.16 de 1997.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Printz vs US*, 521 US 898 de 1997.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Raines v. Byrd*. 117 S. Ct. 2312 de 1997.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Knight vs Florida*, 528 US 990 de 1999.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Atkins vs Virginia*, 536 US 304 de 2002.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Foster vs Florida*, 537 US 990 de 2002.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Lawrence vs Texas*, 539 US 558 de 2003.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Roper vs Simmons*, 543 US 551 de 2005.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Graham vs Florida*, 560 US 130 de 2010.

EE. UU. Corte Suprema de Justicia. Sentencia *Graham v. Florida*, 560 US 48 de 2010.

## **INDIA**

INDIA. Sentencia *Kesavanand Bharati vs. Keral*, A.I.R. de 1973

INDIA. Sentencia *Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. de 1975

INDIA. Sentencia *Indira Gandhi vs. Raj Narain* de 1975.

INDIA. Sentencia *Minerva Mills vs. India* de 1980.

INDIA. Sentencia *Waman Rao vs. Union of India and Others* 1981.

INDIA. Sentencia *Ashoka Kumar Thakur vs. Union of India* de 2008.

INDIA. Sentencia *Supreme Court Advocates on Record Association vs. Union of India* de 2015.

## **ITALIA**

ITALIA. Corte Constitucional. Pronuncia No. 3, Sentenza 15 giugno di 1956.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 11 de 1965.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 52 de 1965.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 127 de 1966.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 49 de 1970.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 123 de 1980.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 69 de 1982.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 167 di 1984.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia 3 No. 00 de 1984.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 161 de 1985.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 1085de 1988.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 329 de1992.

ITALIA. Corte Constitucional. Sentencia No. 286 de 1995.

## **FRANCIA**

FRANCIA. Consejo Constitucional. Decisión 71-44 del 16 de julio de 1971.

FRANCIA. Consejo Constitucional. Decisión del 73-51 del 27 de diciembre de 1973.

FRANCIA. Consejo Constitucional. Decisión 77-90 del 30 de diciembre de 1976.

## **SUDÁFRICA**

Sudáfrica. Corte Constitucional. *The State vs. Makwanyane and Another*, Case No. CCT/3/94. 6 de junio de 1995.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *State vs Williams and Others* Case No. CCT/20/94. 9 de junio de 1995.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *Fose vs Minister of Safety and Security*. Case No. CCT/14/96. 5 de junio de 1997.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *The State vs Buzani Dodo*. Case No. CCT/1/01. 5 de abril de 2001.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *Mohamed and others vs. President of South Africa and others*. Case No. CCT/17/01. 28 de mayo de 2001.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *The State vs. Mamabolo*. Case No. CCT/44/00. 11 de abril de 2001.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *Islamic Unity Convention vs. Independent Broadcasting Authority and Others*. Case No. CCT/36/01. 11 de abril de 2002.

Sudáfrica. Corte Constitucional. *Lawyers for Human Rights and Ann Francis Eveleth vs. Minister of Home Affairs and others*. Case No. CCT/18/03. 9 de marzo de 2004.