

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**  
**SEDE ECUADOR**

**COMITÉ DE INVESTIGACIONES**

**INFORME DE INVESTIGACIÓN**

**La citación de precedentes foráneos en la jurisprudencia de la Corte  
Constitucional de Colombia. Una evaluación desde la teoría de la  
argumentación jurídica**

Claudia Escobar García

Quito – Ecuador

2012



## **RESUMEN EJECUTIVO**

Esta investigación tiene un doble propósito: por un lado, identificar las condiciones y requisitos para la validez de la citación de precedentes foráneos en los fallos de los jueces constitucionales, y por otro, hacer una evaluación crítica de la jurisprudencia constitucional colombiana a la luz de este marco conceptual.

Con tal propósito, en la primera parte de esta investigación se establece un vínculo entre la teoría de la argumentación jurídica y la teoría del derecho judicial, mostrando de qué modo y en qué sentido la citación de precedentes foráneos constituye una modalidad del denominado “argumento de autoridad”. A partir de esta tesis se determinan las condiciones argumentativas para el uso del derecho comparado en la jurisprudencia constitucional, y se establece una tipología de hipótesis en las que su uso es inadecuado.

En la segunda parte de esta investigación se identifican las falencias más comunes de la Corte Constitucional de Colombia en el uso del derecho comparado, a partir de ejemplos específicos en los que se materializa tal deficiencia.

Con fundamento en estas reflexiones se explican las razones por las que la citación de precedentes foráneos constituye a un mismo tiempo una práctica cada vez más extendida en el constitucionalismo contemporáneo, pero también una herramienta mal comprendida y utilizada.

**Palabras clave:**

Argumentación jurídica.

Argumento de autoridad

Precedentes foráneos.

Jurisprudencia constitucional

Corte Constitucional de Colombia

**Datos del autor**

Abogada y filósofa © de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) y magíster en derecho constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador). Docente e investigadora de la misma universidad y de la Universidad de los Hemisferios, de Especialidades Espíritu Santo (UEES), Sabana y Javeriana. Consultora de la Corte Constitucional del Ecuador. Actualmente asesora en la Corte Constitucional de Colombia.

## **TABLA DE CONTENIDOS**

### **1. INTRODUCCIÓN Y PLAN DE TRABAJO.**

### **2. LA CITACIÓN DE PRECEDENTES FORÁNEOS COMO MODALIDAD DE ARGUMENTO DE AUTORIDAD.**

2.1. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.

2.2. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD Y LA CITACIÓN DE PRECEDENTES FORÁNEOS.

2.3. CONDICIONES PARA EL USO DEL DERECHO COMPARADO Y TIPOLOGÍA DE FALACIAS.

### **3. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS CITACIONES DE PRECEDENTES FORÁNEOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

3.1. CITACIONES GENÉRICAS E INDETERMINADAS.

3.2. SELECCIÓN ARBITRARIA, TENDENCIOSO O SUPERFICIAL DE PRECEDENTES.

3.2.1. La selección “tendenciosa” de jurisprudencia.

3.2.2. La selección “pre-juiciosa” y “superficial” de precedentes.

3.3. DISTORSIONES E INCOMPRESIONES DEL PRECEDENTE FORÁNEO.

3.4. INAPLICABILIDAD DEL PRECEDENTE POR DISPARIDAD EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES.

3.5. CARENCIA DE VALORACIÓN CRÍTICA DEL PRECEDENTE.

### **4. CONCLUSIONES.**

# LA CITACIÓN DE PRECEDENTES FORÁNEOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. UNA EVALUACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

## 1. INTRODUCCION Y PLAN DE TRABAJO.

La citación de precedentes foráneos constituye una práctica cada vez más extendida en la jurisprudencia constitucional. Esto se explica, al menos en parte, por el fenómeno de la globalización del derecho, en el que las características y los contornos de cada sistema jurídico se encuentran determinadas en un nivel significativo por otros órdenes jurídicos; en este contexto, la configuración de la jurisprudencia constitucional está en función de las relaciones que se establecen con el entorno, y en particular, con otros sistemas<sup>1</sup>. Por otro lado, este hecho se explica también por las particularidades del constitucionalismo contemporáneo; en efecto, dadas las dificultades de orden lingüístico, lógico y pragmático para precisar el contenido y alcance de los preceptos constitucionales y aplicarlos a los casos concretos, se ha hecho necesario apelar a otros sistemas que hayan resuelto los mismos problemas jurídicos. En definitiva, existe una amplia e indiscutible intensificación en la citación de precedentes foráneos en la jurisprudencia de los tribunales, cortes y jueces constitucionales.

Por tan solo mencionar un ejemplo, los fallos de los tribunales latinoamericanos tienden cada vez más a servirse de la jurisprudencia de tribunales con funciones constitucionales como la Suprema Corte de Estados Unidos, el Tribunal Constitucional alemán o español, la Corte Europea de Derechos Humanos, o de tribunales y cortes nacionales de otros países de la región. La jurisprudencia colombiana, por ejemplo, abunda en referencias de este tipo. Así, con cierta frecuencia algunos magistrados citan fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, en temáticas como la sustracción a los padres del cuidado de los hijos<sup>2</sup>, el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>3</sup>, la violencia contra la mujer<sup>4</sup>, los derechos de los padres biológicos<sup>5</sup>, las condiciones ambientales que

---

<sup>1</sup> Sobre la globalización del derecho constitucional, *cfr.*, Mark Tushnet, *The inevitable globalization of constitutional law*, Harvard LawSchool Public Law and Legal Theory Paper Series, Paper Nro. 09-06; Slaughter, Anne Marie, *Judicial globalization*, Virginia Journal of International Law, Nro. 40, 2000. Sobre la globalización en el contexto latinoamericano, *cfr.*, Claudia Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Nuevo Derecho Ecuatoriano Nro. 1, 2012.

<sup>2</sup> Sentencia T-572/09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>3</sup> Sentencia C-886/10, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>4</sup> Auto 251/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>5</sup> Sentencia T-844/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

permiten el goce del derecho a la vivienda digna<sup>6</sup>, el desplazamiento forzado<sup>7</sup>, las restricciones de los padres en el cuidado de sus hijos<sup>8</sup> o la libertad de expresión de personas jurídicas<sup>9</sup>; de igual modo, de manera reiterada se apela a la jurisprudencia alemana, española, italiana, en materias como la modulación de los efectos de las sentencias, las omisiones normativas inconstitucionales absolutas y relativas, el contenido de la libertad de expresión, el test de proporcionalidad, la ponderación, el contenido esencial de los derechos y las técnicas para el manejo del precedente judicial<sup>10</sup>.

Pese a la contundencia de este fenómeno, es poca la reflexión y el consenso que a esta altura se tiene sobre la función, la utilidad y las condiciones para la utilización de los precedentes extranjeros en la jurisprudencia constitucional. De este modo, paralelamente al incremento en la utilización de fallos judiciales foráneos en las decisiones de los jueces constitucionales, existe un bajo nivel de teorización y conceptualización en esta materia. Esta insuficiencia es nociva y grave: por un lado, los operadores jurídicos carecen de herramientas para identificar y hacer un uso adecuado del amplio material jurisprudencial; ello conduce, o bien a que se desaprovechen las herramientas del derecho comparado, o bien a hacer uso inadecuado del mismo; y por otro lado, no se cuenta con herramientas técnicas y conceptuales para evaluar la citación de los precedentes foráneos en los fallos de los jueces y tribunales constitucionales.

En este contexto, la presente investigación pretende ofrecer algunos elementos de juicio para iniciar una reflexión en este sentido. En particular, tiene un doble objetivo: en primer lugar, a partir de las herramientas de la teoría de la argumentación jurídica, identificar las condiciones para el uso del precedente foráneo en la jurisprudencia constitucional; es decir, al poner en contacto la teoría del derecho judicial con la teoría de la argumentación jurídica, se establecen las condiciones y los requisitos para una adecuada utilización de la jurisprudencia comparada. Y en segundo lugar, a partir de la conceptualización anterior, se evalúan casos específicos de citaciones, para determinar su pertinencia y corrección; para llevar a cabo este ejercicio se utilizarán los fallos de la Corte Constitucional de Colombia, que como se mencionó anteriormente, constituye un ejemplo emblemático del fenómeno de citación de precedentes foráneos. Con fundamento en las reflexiones anteriores se establecerán algunas pautas para la utilización del derecho jurisprudencial comparado en el derecho constitucional.

De acuerdo con esto, la presente investigación tiene la siguiente estructura:

En primer lugar, se establece el vínculo entre la teoría de la argumentación jurídica y el derecho jurisprudencial comparado. Para tal efecto se abordan las siguientes temáticas:

---

<sup>6</sup> Sentencia T-618/11, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

<sup>7</sup> Sentencia T-565/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>8</sup> Sentencia T-557/11, M.P. Maria Victoria Calle Correa.

<sup>9</sup> Sentencia T-434/11, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>10</sup> Claudia Escobar García, "La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano", en Revista Foro Nro. 12, 2º semestre de 2009, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, p. 168-169.

- De un lado, se define y explica el denominado “argumento de autoridad” como forma de razonamiento inductivo, indicando sus requisitos y desviaciones básicas.
- Posteriormente se explica en qué sentido la citación de precedentes foráneos constituye una modalidad o forma de argumento de autoridad, y en qué sentido, por consiguiente, le son aplicables sus mismas condiciones y exigencias argumentativas.
- A partir de las consideraciones anteriores se establece un catálogo de condiciones para el uso del precedente extranjero en la jurisprudencia constitucional, y un repertorio de hipótesis en las que su utilización es inadecuada por no ajustarse a estos estándares.

En segundo lugar, con fundamento en las consideraciones conceptuales anteriores, se efectúa un ejercicio práctico en el que se evalúan fallos judiciales específicos de la Corte Constitucional de Colombia. El propósito de este acápite consiste en ilustrar sobre usos adecuados e inadecuados de precedente foráneos.

Finalmente, a partir de las consideraciones anteriores se obtienen algunas conclusiones sobre esta problemática.

## **2. LA CITACIÓN DE PRECEDENTES FORÁNEOS COMO MODALIDAD DE ARGUMENTO DE AUTORIDAD.**

### **2.1. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD.**

A pesar de ser criticado intensa y reiteradamente, el argumento de autoridad es probablemente una de las formas de razonamiento a la que se apela con mayor frecuencia en todos los ámbitos de la vida: en la cotidianidad, en la actividad científica, en el mundo laboral, en la academia, entre muchos otros.

La razón de ello estriba justamente en su naturaleza y función. En esta forma de razonamiento se proclama una tesis como verdadera, con fundamento en la adscripción que a la misma ha hecho una autoridad en el respectivo campo. Su estructura fundamental es entonces “*A es B porque X afirma que A es B*”.

Como se trata de un razonamiento inductivo, su fuerza argumentativa es relativa, y por consiguiente, las conclusiones que se obtienen a partir suyo no son ciertas sino únicamente probables.

Razonamientos del tipo “*no debes comer este alimento en estos días porque el médico lo ha prohibido*”, “*podemos denunciarlo ante la Fiscalía porque según nuestro abogado cometió el delito de peculado*”, “*debemos llevar sombrilla porque los meteorólogos han pronosticado lluvias en la tarde de hoy*”, “*el gobierno debería proporcionar gratuitamente esta vacuna, pues la OMS así lo ha recomendado*”, “*debería implementarse la educación sexual en todos los colegios, pues según la ONU esta herramienta es definitiva para prevenir las ETS*”, hacen parte de esta forma argumentativa.

Pues bien. En la medida en que en muchos campos no contamos con los conocimientos sobre determinadas materias, debemos apelar y apoyarnos en el de expertos o personas solventes:

“A menudo tenemos que confiar en otros para informarnos, para averiguar datos que no podemos obtener por nosotros mismos. No podemos probar objetos de consumo por nosotros mismos para determinar cuál es el mejor. Ni sabemos cómo transcurrió la batalla de Waterloo por nuestros medios, y sabemos de las torturas en Irak por medio de otras personas”<sup>11</sup>.

“El recurso a la autoridad puede producirse por conveniencia (ahorra tiempo, acelera persuasión, señala personas prominentes que opinan como nosotros), pero habitualmente lo utilizamos por necesidad. Con frecuencia no disponemos de los datos que más nos importan, bien porque no hemos tenido ocasión de estudiarlos, bien porque no están a nuestro alcance, bien porque son demasiado técnicos: ¿se puede adelgazar comiendo? ¿qué puedo hacer ante un fraude? ¿qué sistema de pesos utilizaban los egipcios?. No nos queda más remedio que recurrir a los juicios de autoridades a las que consideramos en mejores condiciones que nosotros mismos para opinar sobre un asunto que nos ocupa (...) Casi todos nuestros conocimientos proceden de informaciones ajenas que consideramos fiables y se apoyan, directa o indirectamente, en el argumento de autoridad. Quién es nuestra madre, cuándo nacimos o cuál es la estructura del genoma humano, son cosas que aceptamos porque nos las dicen personas que consideramos autorizadas”<sup>12</sup>.

¿Cuáles son las condiciones de validez del argumento de autoridad?

- En primer lugar, que se invoque e individualice una **autoridad concreta y su respectiva afirmación u opinión**. Cuando la conclusión se soporta en referencias genéricas e indefinidas a autoridades, como “según un rumor”, “todo el mundo opina”, “siempre se ha dicho”, “los expertos sostienen”, y semejantes, o cuando se individualiza la autoridad pero no su opinión o la información que reconoce y acepta, se utiliza inadecuadamente este argumento.
- En segundo lugar, que la autoridad invocada sea **competente en el respectivo campo**. Se requiere no solo que la afirmación se encuentre soportada por una autoridad, sino también que esta autoridad sea solvente en el campo concreto y específico en el que se enmarca la respectiva opinión o aseveración:

“No podemos aceptar cualquier autoridad por prestigiosa que parezca. Aquí no cuentan encantos personales o popularidad. La autoridad debe ser genuina, esto es, competente en la materia que le es propia, en cuyo campo se sitúa el problema que nos ocupa. No vale nada la palabra de un premio Nobel de literatura en cuestiones de nutrición. Hasta los expertos más encumbrados dicen tonterías cuando opinan fuera del área de su experiencia”<sup>13</sup>.

- En tercer lugar, que la **afirmación de la autoridad se sustente en datos objetivos y razonables**. Como la fundamentación de la conclusión es tan solo indirecta, a través de la opinión de un experto en la materia, se requiere al menos que ésta muestre algún nivel de razonabilidad, sustentándose en datos objetivos y en razones válidas.

<sup>11</sup> .”El argumento de autoridad”, en <http://independencia.blogia.com/2004/052001-el-argumento-de-autoridad.php>. Último acceso: 10 de septiembre de 2011.

<sup>12</sup> Ricardo García Damborenea, *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Documento disponible en: [www.usoderazon.com](http://www.usoderazon.com). Último acceso: 20 de septiembre de 2011.

<sup>13</sup> Ricardo García Damborenea, *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Documento disponible en: [www.usoderazon.com](http://www.usoderazon.com). Último acceso: 20 de septiembre de 2011.

Esto significa que el argumento de autoridad supone un nivel de valoración crítica, y que por tanto, sólo deben tomarse como válidas aquellas opiniones de expertos que se encuentran debidamente justificadas:

*“Una autoridad debe aportar los datos que justifican sus opiniones si se le solicitan. Se deben solicitar. No importa conocer sólo la información que ofrece la fuente, sino su fundamento (...) Cuando se nos escamotea la información no podemos ni aceptar ni rechazar el argumento. Lo consideramos una opinión. Ocurre esto con frecuencia en algunos sondeos de opinión tal y como aparecen en la prensa. Al no ofrecer todos los datos carecen de fiabilidad. Tal vez estén bien pero tal vez no lo estén. Son siempre sospechosos. Las estadísticas se alegan mucho como argumento de autridad y no siempre son autoridades fidedignas”<sup>14</sup>*

- En cuarto lugar, que se invoque una **fuentes imparcial**, teniendo en cuenta sus antecedentes, contradicción o consistencia con otras fuentes, los intereses subyacentes, entre otros. Es decir, el argumento de autoridad debe cerciorarse sobre la fiabilidad de la opinión y de la autoridad que la emite. Ahora bien, aunque la imparcialidad plena es inexistente, en cualquier caso resulta importante identificar aquellas fuentes que ofrecen un mayor nivel de confiabilidad:

*“Sobre lo ocurrido en Chemobil, creemos más al enviado de la ONU que al Gobierno ruso (...) Por eso nos importa, por ejemplo en una estadística, quién ha realizado los análisis, cuál es la competencia de la empresa y si tiene algo que ganar o perder en esta historia (...) existen fuentes teóricamente imparciales (periódicos, consultorías) que ocultan grupos de interés disfrazados bajo un nombre que suena a independiente. Quien tiene algo que perder en una discusión no es una fuente imparcial y puede mentir (...) Debemos desconfiar siempre de la independencia de las autoridades que nos citan, pero sin olvidar que pueden tener razón. No se trata de rechazarlas sólo porque son parciales. Equivaldría a combatir un defecto con otro”.*

- En quinto lugar, que la afirmación o la opinión de la autoridad sea **entendida e interpretada correctamente**. Esto significa que el argumento debe ser fiel al contenido de la información proporcionada por la fuente, evitando su deformación o interpretación caprichosa.  
Por tal motivo, conviene apelar directamente a la autoridad, o evitar en cuanto sea posible las intermediaciones en el acceso a la opinión o información proporcionada por la fuente.
- Finalmente, que la opinión o afirmación de la autoridad sea **consistente y coherente con las de otras autoridades en el mismo campo**. Significa esto que la apelación a la autoridad debe estar precedida de una búsqueda amplia de autoridades competentes en la materia. Esta búsqueda asegura a un mismo tiempo la imparcialidad y el acercamiento crítico a la opinión de los expertos. Cuando después de esta indagación se encuentra un alto nivel de consenso en las autoridades

---

<sup>14</sup> Ricardo García Damborenea, *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Documento disponible en: [www.usoderazon.com](http://www.usoderazon.com). Último acceso: 30 de septiembre de 2011.

expertas, el contenido de la información tiene un alto grado de solidez. Cuando ocurre lo contrario, se requiere entonces sopesar las razones a favor y en contra de la opinión controvertida, para obtener una conclusión; en cualquier caso, en esta última hipótesis la fuerza del argumento de autoridad se debilita.

## 2.2. EL ARGUMENTO DE AUTORIDAD Y LA CITACIÓN DE PRECEDENTES FORÁNEOS.

La citación de precedentes foráneos es un recurso argumentativo de los jueces, que tiene por objeto sustentar o respaldar la respuesta al alguno de los problemas jurídicos planteados en el respectivo fallo judicial, mediante la referencia a providencias de otros órdenes jurídicos que resuelven la misma cuestión.

Cuando en la sentencia T-009/92 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte cita el fallo del Tribunal Constitucional alemán en el caso *Luth* para respaldar la tesis sobre la procedencia de la acción de tutela contra particulares; cuando en la sentencia C-226/11 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) cita la providencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Lawless* para respaldar la tesis sobre el carácter excepcional de los estados de emergencia; cuando en el salvamento de voto a la sentencia C-370/06 del magistrado Jaime Araujo Rentería cita fallos de la Corte de Justicia de la Nación argentina en los casos de la última dictadura militar para sustentar la tesis sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz; cuando en la sentencia T-629/10 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) cita la sentencia STC 121 de 2001 del Tribunal Constitucional español para justificar el reconocimiento y protección de los derechos laborales de quienes ejercen la prostitución. En todas estas hipótesis nos encontramos frente a una citación de precedentes foráneos.

De acuerdo con la caracterización anterior, esta citación tiene los siguientes elementos:

- Es efectuado en el contexto de una providencia judicial. En otras fuentes del derecho, como la legislación, no es posible apelar a este recurso argumentativo, sino únicamente adoptar o reproducir los estándares normativos de otros sistemas jurídicos. Por el contrario, dado el carácter esencialmente argumentativo del derecho judicial, en la jurisprudencia es posible apelar a esta forma de razonamiento.
- La providencia judicial cita o se refiere a otro fallo o providencia.
- El fallo que cita y el fallo citado pertenecen a dos órdenes jurídicos diferentes, y El fallo citado pertenece a un sistema constitucional diferente al que pertenece la providencia que hace la citación, y no tiene una relación estructural con éste. Así, cuando la Corte Constitucional colombiana cita sus propios precedentes, los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los de la Corte Internacional de Justicia o de otros órganos del ordenamiento colombiano (como el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia o tribunales administrativos), no nos encontramos frente a una citación de precedentes foráneos. Por el contrario, cuando esta misma corte cita fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la Corte Suprema de Justicia de

Estados Unidos o del Tribunal Constitucional alemán, nos encontramos frente a esta hipótesis.

- La citación tiene por objeto justificar o fundamentar alguna tesis propuesta en el fallo judicial. Es decir, la providencia citada sirve para de apoyo o sustento a alguna regla jurisprudencial sostenida en el fallo.

Como puede observarse, este recurso coincide plenamente con el argumento de autoridad como forma de razonamiento inductivo. Como se explicó anteriormente, en este se apoya una idea a partir de su adhesión por una autoridad competente en la materia; es decir, se afirma que A es B porque un tercero autorizado sostiene que A es B. Pues bien, en la citación de precedentes foráneos ocurre esto mismo: en un fallo judicial el operador jurídico sostiene una determinada regla jurisprudencial, apoyado en que un juez competente de otro sistema jurídico, sostiene la misma regla.

### 2.3.CONDICIONES PARA EL USO DEL DERECHO COMPARADO Y TIPOLOGÍA DE FALACIAS.

Teniendo en cuenta que la citación de precedentes foráneos es una modalidad de argumento de autoridad, la conclusión necesaria es que sus condiciones son las mismas. En este contexto, las condiciones de la citación del argumento de autoridad son las siguientes:

- En primer lugar, que se **individualice el órgano judicial, la regla jurisprudencial y los fallos que la contienen.**  
Las citaciones genéricas que no precisan el órgano judicial, la regla o precedente acogida y los fallos que las contienen, constituyen una forma irregular de esta forma argumentativa.
- En segundo lugar, que la **citación esté precedida de una búsqueda amplia y profunda de precedentes judiciales que resuelven de modo diverso el mismo problema jurídico.**  
Las citaciones parcializadas que únicamente refieren los precedentes que avalan la posición adoptada previamente o aquellas que pasan por alto precedentes relevantes, son otra forma anómala del argumento de de autoridad.
- En tercer lugar, **el fundamento normativo de la regla jurisprudencial citada sea el mismo entre ambos ordenamientos jurídicos.**  
Cuando el precedente citado se sustenta en una disposición jurídica (de carácter constitucional, legislativo o infra-legislativo) cuyo contenido difiere del otro sistema jurídico, el respectivo precedente es inaplicable, y por tal motivo no es procedente el argumento de autoridad.
- En cuarto lugar, que **la citación sea fiel al precedente citado.**

Cuando se distorsiona el sentido de la regla jurisprudencial citada, o cuando se desconoce la evolución de dicho precedente a lo largo del tiempo, se hace un uso incorrecto del argumento de autoridad.

- En quinto lugar, que **el precedente citado ofrezca argumentos razonables que justifiquen su adopción en otro ordenamiento.**

Cuando se asume de manera acrítica los precedentes foráneos, sustentado únicamente en el prestigio de un tribunal extranjero, se distorsiona el argumento de autoridad.

- Finalmente, que **exista una identidad entre la tesis defendida por el fallo citado y la prolijada por el operador jurídico que se vale del argumento de autoridad.**

### **3. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS CITACIONES DE PRECEDENTES FORÁNEOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

Teniendo en cuenta las pautas fundamentales que deben ser tenidas en cuenta para citar el precedente extranjero, a continuación se indica una tipología de fallos en los que incurre la jurisprudencia constitucional colombiana al apelar a este tipo de razonamiento, contrastándolos con citaciones correctas. En uno y otro caso se indican ejemplos de fallos judiciales de la Corte Constitucional colombiana que ilustran la problemática.

#### **3.1. CITACIONES GENÉRICAS E INDETERMINADAS.**

Tal como se explicó anteriormente, en la medida en que el argumento de autoridad se vale de una prueba indirecta para demostrar la veracidad de la conclusión, a través de una autoridad que la avala y corrobora, resulta imprescindible individualizar tanto el órgano autorizado, como la tesis que prohija y la fuente en la que se materializa. En el caso de las providencias judiciales se debe indicar, por consiguiente, tanto el órgano judicial que se invoca como autoridad, como la regla jurisprudencial que defiende y las providencias o fallos en que lo hace.

No obstante, en muchas ocasiones la Corte colombiana pasa por alto esta exigencia. Veamos algunos casos en que esto ocurre.

En la sentencia C-370/06 se estudia la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, tanto por razones de forma y procedimiento, como por razones de fondo. En el fallo la Corte declara la constitucionalidad de la mayor parte de sus disposiciones, y de manera excepcional se inhibe de un pronunciamiento de fondo o declara la inexecutable. Sin embargo, el magistrado Jaime Araujo Rentería salvó el voto, argumentando que la ley ha debido ser declarada inexecutable en su totalidad. Uno de sus argumentos es la supuesta incompatibilidad entre la preceptiva legal y los derechos de las víctimas a la

verdad, la justicia y la reparación. En este contexto cita la jurisprudencia del TEDH y de los tribunales alemán y argentino. Al respecto sostiene textualmente lo siguiente:

*“Las víctimas tienen derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia como un haz inescindible. La paz, que es un valor importante, no es absoluto ni único. No hay paz sin justicia. La paz no se puede lograr al precio de una injusticia extrema. La injusticia extrema no es derecho, como dijera el ius filósofo Gustav Radbruch. La ley que consagra una injusticia extrema no es derecho y por no ser derecho, la ley nunca surge a la vida jurídica. Esta tesis ha sido avalada, en caso de los Centinelas del muro de Berlín, por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. En idéntico sentido se ha pronunciado la Corte de Justicia de la Nación Argentina, en los casos de la última dictadura militar”.*

Como puede observarse, el salvamento de voto ni individualiza ni las providencias que sirven de sustento al argumento, ni las del TEDH, ni las del Tribunal Constitucional Federal Alemán ni las de la Corte de Justicia de la Nación Argentina. Pero la falencia más grave es que no se especifican las tesis o reglas jurisprudenciales defendidas por estos operadores: ¿en estos fallos se sostiene simplemente que las víctimas de los atentados a los derechos humanos tienen derecho a la verdad, la justicia y la reparación? ¿O se sostiene también que el reconocimiento de estos derechos es totalmente incompatible con cualquier ley de indulto o amnistía? ¿O que las formas de perdón a este tipo de crímenes deben ser compatibilizados con los derechos de las víctimas? ¿se indican las formas legítimas e ilegítimas de perdón en función de los derechos de las víctimas? El salvamento de voto se abstiene de ofrecer explicaciones al respecto y simplemente se escuda en una referencia indeterminada a los fallos de estos tribunales.

De manera semejante, en la sentencia C-378/10 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) se sostiene que en la “doctrina” y en la “jurisprudencia” alemana se reconoce el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Para tal efecto se cita el caso *Luth*, y a partir de allí se deriva la procedencia de la acción de tutela frente a particulares. Sostiene expresamente lo siguiente:

*“Es así como en el Estado social de derecho surge una doble vinculación en materia de derechos fundamentales: (i) existe un deber de abstención que reafirma la tradición demoliberal y, simultáneamente, (ii) nace un deber positivo según el cual es necesario promover los mecanismos para asegurar la realización efectiva de los derechos, lo que involucra tanto al Estado como a los particulares. Este efecto de irradiación se conoce en la dogmática alemana como ‘Drittwirkung der Grundrechte’, expresión acuñada a mediados de los años 50 del siglo pasado, referente a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, de amplia difusión y receptividad en el constitucionalismo contemporáneo occidental (...) Esta postura fue asumida en la jurisprudencia de esta Corporación y se ha mantenido inalterada en las más recientes decisiones. De hecho, en la primera oportunidad en la que se analizó la cuestión, la sentencia T-009 de 1992, la Corte hizo referencia expresa a la recepción de la doctrina alemana (...) según la formulación acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en el famoso fallo Luth”.*

Al igual que en el caso anterior, la Corte se abstuvo de precisar la regla jurisprudencial postulada por el Tribunal Constitucional alemán que sirve de fundamento para el argumento de autoridad: ¿Es la idea de que los derechos fundamentales vinculan a los particulares? ¿O que las garantías jurisdiccionales de estos derechos se extienden frente todos los particulares? La Corte se abstiene de precisar estas cuestiones, y en su lugar se escuda en la referencia genérica a un tribunal y a un fallo de “renombre” en el constitucionalismo contemporáneo.

En contraste, en otras oportunidades la Corte efectúa una individualización de los órganos y fallos judiciales y de las tesis jurisprudenciales que sirven de fundamento a su argumento. Así por ejemplo, en la sentencia T-863/11 (M.P. Maria Victoria Calle Correa). En esta oportunidad la Corte colombiana debía resolver una acción de tutela propuesta por un trabajador de la Procuraduría General de la Nación que pretendía controvertir su traslado, argumentando que constituía un acto de discriminación en su condición de persona homosexual y en su condición de integrante del sindicato de la entidad, y teniendo en cuenta que el Procurador General había manifestado públicamente su rechazo hacia el homosexualismo.

En este contexto, la Corte valora el argumento según el cual, más allá de la apariencia de legalidad del acto del traslado, debería identificarse la intención que subyace a la decisión, y que encubre una verdadera y auténtica forma de discriminación. En este marco, cita el fallo del TEDH en el caso *Bączkowski y otros vs Polonia*, en el que se determinó que el alcalde de Varsovia había actuado de manera arbitraria al negarse a autorizar una manifestación pública de personas homosexuales, al haber manifestado en otras oportunidades su rechazo hacia esta orientación sexual, y al haber hecho exigencias que no se habían hecho en otras ocasiones para autorizar las manifestaciones; en pie de página individualiza el fallo y se refiere a otros que han resuelto casos semejantes. Más adelante demuestra que los hechos relevantes del caso concreto difieren del resuelto por el TEDH, y declara la improcedencia del amparo. Sostiene la Corte lo siguiente:

*“Ahora bien, el señor Sastoque sugiere que, más allá de la apariencia de legalidad del acto del traslado, lo que debe mirarse es la verdadera intencionalidad del Procurador General de la Nación, revelada por el contraste notorio que hay entre sus opiniones acerca de la opción sexual y ciertas opiniones políticas y filosóficas, y las que el tutelante prohíja. Y sin duda la Corte Constitucional debe tener en cuenta este argumento, porque no son pocos los casos en los cuales las formas jurídicas se usan de un modo principal para encubrir actos violatorios de la igual dignidad de todas las personas, que los Estados Constitucionales de Derecho deben garantizar. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo *Bączkowski y otros contra Polonia*. Pues en esta ocasión el Estado de Polonia se había rehusado concederles a unas personas licencia para organizar una manifestación pública, con la cual pretendían denunciar actos de discriminación basada en la orientación sexual. Y al momento de decidir, la Corte encontró que la autorización se les había negado con apego estricto a ciertas formas jurídicas internas. Sin embargo, también conoció que el alcalde de Varsovia había hecho explícita, con términos claramente homofóbicos, su voluntad de no autorizar la promoción de la homosexualidad con esa manifestación, por considerar que no era apropiada. La corte entendió que ese comentario, razonablemente pudo haber tenido incidencia en el rechazo de la licencia, y como el Estado no*

*pudo mostrar que a otros organizadores de eventos se les hubiera exigido lo mismo, juzgó que a esas personas se les había violado su derecho a no ser discriminadas en el goce de su libertad de asociación”.*

Como puede observarse, esta citación precisa el órgano, el fallo judicial, el *holding* del caso y el contexto factico en el que se resuelve. Esta citación cumple entonces con la exigencia de individualización.

### 3.2. SELECCIÓN ARBITRARIA, TENDENCIOSA O SUPERFICIAL DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES.

Tal como se expuso anteriormente, usualmente se apela al argumento de autoridad en materias especialmente problemáticas o controvertidas, frente a las cuales normalmente existen autoridades que ofrecen respuestas opuestas a la misma cuestión. La invocación a la autoridad debe entonces estar precedida de una búsqueda amplia y extensa, identificando las distintas respuestas y las razones en que se apoyan. Cuando se seleccionan únicamente las autoridades que son compatibles con la opinión personal o no se hace un recorrido exhaustivo, se desnaturaliza esta forma de razonamiento. Trasladadas estas consideraciones al campo jurisprudencial, puede afirmarse que se incurre en esta falencia cuando un juez utiliza “estratégicamente” el derecho comparado, limitándose a invocar aquellos fallos que avalan su tesis del caso, o cuando se hace una búsqueda superficial de providencias judiciales.

#### 3.2.1. La selección “tendenciosa” de jurisprudencia.

La Corte colombiana ofrece un amplio repertorio de casos. Una primera tendencia que puede identificarse, es la selección tendenciosa de fallos judiciales: se invocan únicamente los fallos que avalan la tesis de la Corte, y se pasan por alto las providencias que defienden lo contrario. En estos casos la citación de precedentes foráneos es más una forma de legitimación de la decisión judicial, más que una técnica argumentativa.

Varias sentencias relativas a la constitucionalidad de la penalización del aborto ponen de presente esta falencia. Una de ellas es la sentencia C-355/06. En efecto, en esta providencia se resuelve una demanda de inconstitucionalidad en contra de los preceptos del Código Penal que penalizaban el aborto en tres hipótesis específicas: cuando el embarazo es el resultado de un acto involuntario (violación, inseminación artificial no consentida, etc.), cuando la continuación del embarazo representa una grave peligro para la vida o salud de la mujer, y cuando el feto tiene graves malformaciones. En este fallo la Corte sostiene que esta criminalización es incompatible con los derechos constitucionales, y es en este contexto donde se vale del derecho comparado.

Así, en el acápite denominado “la cuestión del aborto en el derecho comparado” se limita a mencionar y explicar tres referentes: la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Roe vs Wade*, las del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y la del Tribunal Constitucional español de 1985.

Con respecto al primero de estos fallos, se refiere al régimen establecido por la Corte Suprema según el trimestre del embarazo: en el primer trimestre se niega *“toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar (...) y tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer”*. Con respecto al segundo trimestre, se sostiene que según dicha sentencia se faculta al Estado *“regular el procedimiento el aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer”*. Con respecto al período de viabilidad del embarazo, se sostiene que según la Corte estadounidense, los Estados pueden *“reglar e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico, éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer”*.

Con respecto a los fallos del Tribunal constitucional alemán de 1975, la Corte se refiere al reconocimiento de la vida del ser humano no nacido como valor constitucional, pero también a sus limitaciones por razones médicas, eugenésicas, éticas y socio-económicas:

*“De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica”*.

Con respecto a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1985, cita textualmente uno de sus apartes en los que admite el aborto de manera excepcional.

Finalmente, el fallo de la Corte se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 1985, que se pronunció sobre el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal. Específicamente se refiere a la obligación del legislador de *“garantizar la vida del nasciturus pero también la de establecer bajo cuáles circunstancias la obligación de llevar a término el embarazo se convertía en una carga inexigible para la madre y en esa medida era inconstitucional”*.

A partir de estos fallos, la Corte colombiana concluye que en el derecho comparado los tribunales constitucionales coinciden en que la prohibición total del aborto es inconstitucional *“porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales”*.

Esta pretendida uniformidad, sin embargo, se sustenta en una selección parcializada de precedentes constitucionales. Por un lado, la citación de la jurisprudencia norteamericana pasa por alto la amplia gama de decisiones judiciales que se han dado posteriormente, y que no solo modifican la base conceptual sobre la que se instituyó el derecho al aborto, sino que también alteran en forma significativa su contenido y alcance; en el acápite siguiente haremos un estudio pormenorizado de estos otros fallos que no fueron tenidos en cuenta. Pero además, la Corte se abstuvo de citar providencias

judiciales de otras latitudes que han adoptado una posición diferente; es el caso, a título de ejemplo, de los fallos de los tribunales constitucionales ecuatoriano, chileno y portugués, que “avalan” la penalización plena del aborto; en el caso del Tribunal ecuatoriano, por ejemplo, en la resolución 0014-2005-RA se prohíbe la comercialización de la denominada “píldora del día después”, sobre la base de tener un efecto abortivo, práctica constitucionalmente inadmisibles.

Algo semejante ocurre con la sentencia SU-388/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta se define el alcance de la objeción de conciencia en materia de aborto, aclarando que las instituciones médicas, ni privadas ni públicas, pueden escudarse en la objeción de conciencia para rehusarse a la práctica de abortos legales. Únicamente puede hacerlo el personal médico que interviene directamente en el procedimiento occisivo, y previo el cumplimiento de exigentes cargas que demuestren la incompatibilidad entre las convicciones religiosas y la práctica abortiva. Este fallo se abstiene plenamente de recurrir al derecho comparado para justificar su posición.

Contrasta esta línea argumentativa con la adoptada en la sentencia C-355/06, en la que la Corte utilizó justamente el derecho comparado para justificar la despenalización parcial del aborto. Es decir, mientras en la sentencia C-355/06 la Corte apela al derecho norteamericano y francés para sustentar la despenalización del aborto, en la sentencia C-388/09 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) pasa por alto la legislación y la jurisprudencia de estos mismos países que reconocen la objeción de conciencia por parte del personal médico y de las instituciones privadas encargadas de suministrar servicios de salud, para la práctica del aborto.

En efecto, en Francia se distingue entre los hospitales públicos y las entidades privadas. Los primeros, al estar financiados con fondos públicos, deben operar según el principio de neutralidad ética, en virtud del cual deben atender todo tipo de tratamientos o procedimientos, incluido el aborto. Por el contrario, los establecimientos privados tienen plena autonomía para abstenerse de realizar procedimientos abortivos por razones éticas o religiosas. Pero en uno y otro caso, se reconoce la objeción de conciencia del personal médico individualmente considerados. En el caso norteamericano, también se implementaron las cláusulas de conciencias, con las que se permite a las instituciones médicas abstenerse de realizar procedimientos abortivos por razones éticas o religiosas. Adicionalmente, normativa y jurisprudencialmente se establecieron protecciones a quienes alegan una objeción de conciencia, para que no sean discriminados por este tipo de abstención. No obstante, en este fallo la Corte guarda silencio sobre estos referentes que fueron tenidos en cuenta en la sentencia C-355/06.

En contraste, la citación de la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa a esta misma sentencia, es mucho más amplia y rigurosa. El magistrado cita un amplio arsenal de disposiciones constitucionales, legislativas y jurisprudenciales de distintos órdenes jurídicos, para finalmente concluir que existe una tendencia a permitir el aborto, al menos en circunstancias excepcionales. Para tal efecto, tiene en cuenta distintos países de referencia como Alemania, Argentina, Canadá, Chile, Bélgica Brasil, España, Estados Unidos, Francia, Hungría, India, Italia, Irlanda, Polonia, Portugal y Sudáfrica. Se trata de órdenes constitucionales que ofrecen soluciones jurídicas

diversas, y que permiten entonces efectuar un balance imparcial y objetivo sobre la constitucionalidad de la penalización del aborto. A diferencia del fallo mayoritario, este tipo de citas permite develar la complejidad del asunto, y no la aparente unanimidad con la que el fallo mayoritario presentó la problemática.

Como puede observarse, en este caso el magistrado sostiene la misma tesis mayoritaria sobre la necesidad constitucional de despenalizar parcialmente el aborto, pero su estrategia argumentativa difiere sustancialmente. En esta oportunidad el recurso a la autoridad es ostensiblemente más riguroso e imparcial, pues logra dar cuenta de las tendencias existentes en la materia, y es sobre esta base que hace un balance razonable y medido.

### 3.2.2. La selección “pre-juiciosa” y “superficial” de precedentes foráneos.

En los acápites anteriores se sostuvo que el argumento de autoridad requiere que efectivamente se apele a quien efectivamente es competente en la respectiva materia. Establecer quiénes ostentan esa calidad es de por sí un asunto problemático, pues supone algún nivel de conocimiento y discernimiento en la selección de personas o instituciones solventes para opinar sobre determinadas materias. A pesar de esta dificultad, sin embargo, el recurso a la autoridad requiere justamente que el interlocutor que sirve de soporte o de respaldo a la tesis que se pretende defender, tenga reconocida solvencia en la respectiva temática.

Trasladando esta directriz al campo jurisprudencial, esto significa que los fallos judiciales deben citar las providencias de tribunales o jueces que ofrezcan elementos de juicio razonables y útiles para resolver los problemas jurídicos que se plantean en la respectiva sentencia. Una de las fallas más recurrentes de la Corte colombiana es que usualmente limita su búsqueda a ciertos tribunales de alto prestigio que son considerados como “paradigmáticos” en el constitucionalismo contemporáneo, pero que no siempre ofrecen respuestas útiles y concretas a las problemáticas específicas que se abordan. Por otro lado, en esta búsqueda desdeña y pasa por alto la experiencia de otros tribunales que pese a no tener el reconocimiento de aquellos, han tenido un desarrollo propio, y ofrecen elementos de juicio frente a problemáticas similares a las abordadas por la Corte. En este sentido, se ha circunscrito a la citación de precedentes del TEDH y de los tribunales alemán, italiano, estadounidense y español.

Muchas providencias ejemplifican esta preferencia. La sentencia SU-339/11 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) se refiere a los países que atribuyen al juez constitucional la función de dirimir los conflictos positivos y negativos de competencia, pero en esta materia se limita a mencionar a los tribunales alemán y español, sin tener en cuenta los desarrollos normativos que se encuentran en países como Perú, Ecuador o Chile, y que hoy en día no pueden ser considerados como la mera reproducción de los estándares del “primer mundo”. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, el artículo 436.7 de la Constitución de 2008 atribuye esta función a la Corte Constitucional, y los artículos 145 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) la desarrollan normativamente. Por su parte, el artículo

202.3 de la Constitución peruana atribuye al Tribunal Constitución esta misma función, que a su vez es desarrollada en los artículos 109 y siguientes del Código Procesal Constitucional.

En el mismo sentido, en la sentencia C-378/10 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) se cita únicamente la jurisprudencia alemana, italiana y española como ejemplos para fundamentar la procedencia de la tutela frente a particulares. Si bien es cierto que las primeras teorizaciones sobre el efecto de los derechos fundamentales frente a las relaciones particulares nacieron en el constitucionalismo alemán, en otras latitudes ha existido un desarrollo relativamente propio e independiente, que ameritaría tener en cuenta estas otras experiencias.

Así, mientras existe un alto índice de citación de sentencias del TEDH en temáticas como la libertad de expresión, la institución de la adopción, el principio de igualdad y no discriminación, la institución de la adopción de menores, la homosexualidad, el aborto, entre muchos otros, las referencias a la Corte Africana de Derechos Humanos y los Pueblos es nula, pese a sus potencialidades en el intercambio jurídico un materias como la exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales, los regímenes de excepción, el principio democrático, o los límites de la democracia plebiscitaria.

De igual modo, la Corte colombiana se ha interesado particularmente por la jurisprudencia constitucional alemana, italiana y española, asumiendo que están a la vanguardia del constitucionalismo contemporáneo. No obstante, a partir de este supuesto ha desaprovechado la jurisprudencia de otros tribunales nacionales que ofrecen un amplio repertorio de insumos en diferentes temáticas.

Es el caso, por ejemplo, de las cortes sudafricanas en torno a los derechos sociales y su exigibilidad por vía judicial. El “éxito” sudafricano en esta materia se explica no solo por el texto constitucional, que reconoce y desarrolla tales derechos como muchas otras constituciones políticas, sino también, y fundamentalmente, por las consecuencias que del mismo han extraído las cortes sudafricanas:

---

*“La Constitución de Sudáfrica de 1996, a menudo despierta el interés internacional porque contiene en su declaración de derechos una gama de derechos socioeconómicos –derecho a la tierra, vivienda, atención en salud, alimentación, agua, asistencia social y educación-, junto a la tradicional lista de derechos civiles y políticos. Esto, en sí mismo, no es lo significativo. Muchas otras constituciones hacen lo mismo (...) Las cortes sudafricanas han sido notablemente activas en su interpretación y aplicación de los derechos socioeconómicos desde el inicio de la Constitución. Esto ha significado el desarrollo en Sudáfrica de un cuerpo de jurisprudencia en materia de derechos socioeconómicos que es probablemente más extenso y más variado que en cualquier otro lugar del mundo”<sup>15</sup>.*

---

Así, se encuentran un primer nivel de fallos en los que las cortes africanas han ordenado *respetar* los derechos sociales, para que el Estado u otros agentes se abstengan de

---

<sup>15</sup> Danie Brand, “El experimento de Sudáfrica con los derechos socioeconómicos justiciables. ¿Cómo se están desarrollando?”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 480.

intervenir en su goce y ejercicio o para que se adopten medidas para mitigar su impacto. Así, a modo de ejemplo, en el caso *Despatch Municipality vs Sunridge Estate and Development Corporation*<sup>16</sup>, la Corte Superior negó la validez y la vigencia de las disposiciones de la Ley de Prevención de Ocupación Ilegal que permitían la demolición y remoción de albergues ilegales; en el caso *Jaftha vs Schoeman y Van Rooyen vs Stoltz*<sup>17</sup>, la Corte Constitucional encontró que la venta de vivienda para satisfacer una deuda judicial sin la respectiva supervisión, era inconstitucional; en el caso *Modderfontein Squatters vs Modderkip Bierdery Ltd*, la Corte Suprema de Apelación ordenó que el desalojo por una ocupación ilegal debía efectuarse en condiciones humanitarias, proveyendo previamente a los ocupantes ilegales de una tierra alternativa. Igualmente significativos son los fallos en los casos *Mashava vs The President of the Republic of South Africa*, *Soobramoney vs Minister of Health*, y *Port Elizabeth Municipality vs Variuos Occupiers*.

Se encuentran también varios fallos judiciales que reconocen el *deber de proteger* los derechos socioeconómicos, Así, en el caso *Permanent Secretary, Department of Welfare Eastern Cape vs Ngxuza*, la Corte Suprema de Apelación reconoce y ordena el reintegro de unas subvenciones por discapacidad, que habían sido suprimidas por el gobierno local de Cabo del Este.

Finalmente, también se encuentran decisiones judiciales encaminadas a *hacer cumplir* los derechos sociales. En el caso *Government of the Republics of South Africa vs Grootboom*, la Corte Constitucional cuestionó la política de vivienda del gobierno nacional encaminada a la adquisición de vivienda a largo plazo a bajo costo, pero que descuidaba las necesidades básicas de las personas que requerían de un totalmente desposeídas que requerían de un refugio temporal; en este orden de ideas, la Corte ordenó la modificación de la política pública para garantizar plenamente el derecho a la vivienda. Por su parte, en el caso *Minister of Health vs Treatment Action Campaign* la Corte Constitucional ordenó la aplicación del medicamento antirretroviral Nevirapina a las madres que dan a luz, con el objeto de evitar la transmisión del VIH a sus recién nacidos. Por su parte, en el caso *Khosa vs Minister of Social Development* la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que restringía la asistencia social a los nacionales, y que la excluía para los extranjeros residentes de manera permanente.

De este modo, la jurisprudencia sudafricana ofrece un amplio repertorio de insumos en esta materia que podrían ser aprovechados por la Corte colombiana, y en general por los tribunales constitucionales latinoamericanos. No obstante, una revisión general demuestra que su uso es particularmente restringido. De las aproximadamente 20.000 sentencias de la Corte Colombiana, tan solo seis (6) citan el constitucionalismo de este país<sup>18</sup>. Pero además, la de por sí exigua citación tiene varias limitaciones: en general

---

<sup>16</sup> 1997 4 SA 596 (SE).

<sup>17</sup> (2005) 1 BCLR 78 (CC).

<sup>18</sup> Se trata de los siguientes fallos: sentencias C-574/11 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-717/10 (M.P. María Victoria Calle Correa), C-1043/06 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-654/04 (M.P. Marco Gerardo

prevalecen las referencias a los textos constitucionales sobre las de jurisprudencia, éstas tienen un carácter genérico y no se refieren a casos concretos y específicos, no tienen relación directa con los problemas jurídicos abordados en el fallo, y no se utilizan los precedentes en las materias en las que el respectivo juez ha sido particularmente notable.

Así, la sentencia C-574/11 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), en la que se debía resolver sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional, se refiere al sistema sudafricano en dos oportunidades: una de ellas, en pie de página, para indicar que la corte de este país ha abordado esta problemática, pero sin indicar los fallos específicos ni las soluciones que dado. La otra cita, también en pie de página, se refiere a la Corte Constitucional *ad hoc* que fue creada en el proceso constituyente que dio lugar a la Constitución de 1997 en Sudáfrica, y cuyo objeto el control pre-constituyente a partir de 34 principios previamente acordados. Como salta a la vista, esta citación, además de ser poco útil para resolver los problemas jurídicos en el fallo, revelan el poco conocimiento de este sistema jurídico.

Otros fallos han sido más afortunados. La sentencia T-717/10 (M.P. Maria Victoria Calle Correa), por ejemplo, debía resolver el caso de algunas personas que se encontraban en una especial situación de vulnerabilidad, y a las que se les había suspendido el servicio de acueducto por incumplimiento en el pago del respectivo servicio. Para resolver el caso el fallo apela a su propia jurisprudencia para reiterar tres (3) excepciones a la regla que permite la suspensión del servicio público por incumplimiento en el pago: la violación de las garantías al debido proceso, el desconocimiento de los derechos fundamentales de sujetos o establecimientos especialmente protegidos (como los hospitales), o la afectación grave de la vida de toda una comunidad. En este contexto, el fallo cita la decisión del tribunal sudafricano en el caso *Residents of Bon Vista Mansions vs Southern Metropolitan Local Council*, en la que resolvió la situación de unos residentes de un edificio a los que se les había suspendido el servicio de acueducto, por estar atrasados en el pago de las facturas; el tribunal consideró que tal decisión era lesiva de los derechos reconocidos constitucionalmente, pues se había obstruido el derecho al líquido vital sin una razón suficiente que justificara tal actuar. En el mismo fallo se aclara que tal decisión es tan solo un punto de referencia, pero con la virtualidad para relativizar la facultad de las empresas de servicios públicos de suspender el servicio por incumplimiento en el pago de las facturas.

Pero no solo ha desaprovechado la experiencia de tribunales “exitosos” como el sudafricano, sino también la de otros jueces y cortes de la región. Son excepcionales las citaciones de jurisprudencia de los tribunales de países como Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México o Perú. En el caso de los vínculos entre el constitucionalismo ecuatoriano y colombiano, por ejemplo, puede evidenciarse un fenómeno particularmente notable: mientras que en el Ecuador se ha iniciado un amplio (aunque

---

Monroy Cabra), T-440/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-1074/02 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

problemático) proceso de aproximación al constitucionalismo colombiano, el fenómeno inverso no ha ocurrido: la Corte Constitucional colombiana ha sido indiferente frente a los evidentes avances de aquel<sup>19</sup>.

En efecto, una revisión general de los textos constitucionales y legales, de la jurisprudencia y de la doctrina ecuatoriana, pone en evidencia su interés por el constitucionalismo colombiano: la incorporación de los estándares legales y jurisprudenciales colombianos en textos legales como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) o la frecuente citación de fallos de la Corte colombiana, por ejemplo, demuestran este interés. Así por ejemplo, entre el 2008 y el 2010 la Corte constitucional ecuatoriana expidió al menos 60 fallos que contienen referencias al derecho colombiano.

En contraste con ello, el constitucionalismo colombiano ha seguido la tendencia contraria. De las aproximadamente 20.000 sentencias expedidas por este tribunal entre 1991 y el año 2010, tan sólo 8 se refieren al Ecuador. Esto significa que en tan solo dos años la corte colombiana ha citado a su par colombiana cinco veces más que lo que ha hecho ésta última con respecto a aquella, en una “escandalosa” proporción de 1 a 18<sup>20</sup>.

Pero además, las características de esta citación son sustancialmente distintas en uno y otro caso: mientras en el caso ecuatoriano tienen, por decirlo así, una función “material”, toda vez que la citación tiene por objeto la fundamentación de una regla jurisprudencial, en el caso colombiano tienen una función más “anecdótica” y ornamental. Mientras que en el caso ecuatoriano han sido utilizadas para justificar o establecer reglas sobre temáticas como los requisitos de la acción por incumplimiento, la validez de las limitaciones al principio de la doble instancia, los requisitos de las demandas de inconstitucionalidad, entre muchos otros, en el caso colombiano se trata de referencias accesorias que carecen de toda trascendencia en la estructuración del *holding* del fallo.

Adicionalmente, el nivel de profundidad y precisión es sustancialmente distinto en uno y otro caso: mientras la jurisprudencia ecuatoriana profundiza en aspectos puntuales del constitucionalismo colombiano con un mayor nivel de rigurosidad, en el caso colombiano se trata la citación tiene un alto nivel de superficialidad, e incluso de imprecisión. Esta asimetría revela un supuesto que ha sido asumido por el operador jurídico colombiano: la escasa competencia de estos tribunales latinoamericanos, frente a la de los tribunales de los países “emblemáticos”. Este supuesto debería ser relativizado, toda vez que el “constitucionalismo periférico” ofrece hoy en día importantes herramientas teóricas y técnicas que no deberían ser desdeñadas ni pasadas por alto. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, el nuevo texto constitucional incorpora un importante conjunto de estándares que no se encuentran en los ya añejos textos de

---

<sup>19</sup> Sobre la relación entre el constitucionalismo ecuatoriano y colombiano, *cfr.*, Claudia Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, pp. 178 y ss.

<sup>20</sup> Claudia Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, p. 178.

países como Francia, Alemania, España o Estados Unidos. Los principios de los derechos constitucionales (inalienabilidad, irrenunciabilidad, igual jerarquía e interdependencia), su nueva clasificación, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y de otros derechos, el establecimiento de las garantías de los derechos (normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales), el alcance de las acciones ordinaria y extraordinaria de protección, por ejemplo, revelan los avances del constitucionalismo latinoamericano.

De igual modo, la existencia de problemáticas comunes en ambos tribunales constitucionales debería fomentar el intercambio jurídico. Problemáticas como la prohibición de la tauromaquia, los límites a las reformas constitucionales por vía plebiscitaria, los estados de excepción por crisis en el sistema de salud o por la ocurrencia de olas invernales, los desalojos por ocupación ilegal de tierras, la consulta previa a las comunidades indígenas para la elaboración de proyectos de ley en materia minera, por ejemplo, muestran la afinidad en los problemas que deben ser abordados por estos operadores jurídicos.

Pese a ello, la Corte colombiana se abstiene de iniciar este intercambio, y en su lugar insiste en limitarlo con los tribunales tradicionales. Se encuentra entonces una selección sesgada, superficial y pre-juiciosa sobre los órganos que ostentan la calidad de “autoridad” en materia constitucional.

### 3.3. LAS DISTORSIONES E INCOMPRESIONES DEL PRECEDENTE FORÁNEO.

Una de las exigencias más importantes del argumento de autoridad es la fidelidad a la opinión autorizada; es decir, que exista una comprensión y una interpretación adecuada de las tesis por él prolijadas. En el campo jurisprudencial, esto significa que la citación debe dar cuenta de las reglas jurisprudenciales defendidas en el fallo citado; aunque el operador jurídico puede inaplicar o alterar el contenido del precedente al resolver el caso concreto, debe dar cuenta de esta operación, y en ningún caso puede atribuir al tribunal extranjero lo que éste no ha sostenido o defendido.

La Corte colombiana, sin embargo, ofrece un amplio repertorio de casos que revelan la incomprensión de los precedentes foráneos. Una de las fallas más frecuentes ocurren cuando la Corte desconoce el carácter evolutivo y dinámico del derecho jurisprudencial foráneo. Se tiende entonces a tomar como único referente un único fallo paradigmático, y en torno a este se construye y elabora toda una teoría sobre el constitucionalismo extranjero, desconociendo que las doctrinas allí sostenidas usualmente son reelaboradas, reconceptualizadas, e incluso abandonadas.

Un ejemplo emblemático se encuentra en las sentencias de la Corte relativas a la penalización del aborto, y en las que cita la jurisprudencia norteamericana. En este sentido, tanto la sentencia C-355/06 como la sentencia C-133/94 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) presentan un panorama limitado y estrecho del derecho norteamericano. En esta última, por ejemplo, se desconoce el amplio, complejo y profundo debate que se ha

dado jurisprudencialmente en Estados Unidos en torno al aborto. El fallo se limita a enunciar la tesis básica enunciado en *Roe vs Wade* sobre el derecho al aborto durante el primer trimestre del embarazo como derivación del derecho a la intimidad. En este sentido sostiene: “La doctrina basada en la defensa del *right of privacy*, prohijado por la Corte Suprema de Justicia Norteamericana en el caso *Roe vs Wade*, reconoce a la mujer el derecho a decidir, durante el primer trimestre del embarazo –sistema de plazos- si desea llevarlo a su culminación o interrumpirlo, sin riesgo para su vida, acudiendo a los servicios médicos del Estado, con lo que se deja en libertad a la mujer para decidir sobre esta opción moral”

Por su parte, la sentencia C-355/06 se limita a sintetizar el contenido del fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Roe vs Wade*. Específicamente, se refiere al régimen establecido por la Corte Suprema a partir del sistema de plazos: en el primer trimestre se niega “*toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar (...) y tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer*”. Con respecto al segundo trimestre, se sostiene que según dicha sentencia se faculta al Estado “*regular el procedimiento el aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer*”. Con respecto al período de viabilidad del embarazo, se sostiene que según la Corte estadounidense, los Estados pueden “*regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico, éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer*”.

Esta referencia pasó por alto múltiples pronunciamientos judiciales de este mismo organismo que han dado un giro argumentativo sustancial en esta materia, y que han modificado el alcance del derecho al aborto:

*“La decisión de 1973 en Roe Vs. Wade, apoyada por una mayoría de siete a dos en la Corte Suprema parecía ser en aquel momento una resolución concluyente de la controversia. Sin embargo, aquellos que esperaban que esta decisión resolviera el asunto al remover el problema del aborto del tenso debate político, fueron rápidamente defraudados (...) No ha habido estabilidad de la posición de la Corte Suprema acerca del problema del aborto en los años que siguieron desde que Roe fue dictado (...)”<sup>21</sup>.*

En efecto, los múltiples pronunciamientos posteriores de la Corte Suprema de Estados Unidos han modificado, tanto la base jurisprudencial en la que se soportó *Roe vs. Wade*, como el contenido del supuesto derecho al aborto<sup>22</sup>. En primer lugar, el *holding* de *Roe v. Wade* ha sido definitivamente abandonado. En efecto, en *Roe* se había supuesto que la decisión de abortar constituía un asunto que hacía parte de la esfera de la intimidad de la

<sup>21</sup> Ian Shapiro, *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: Una introducción*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 31 (2000).

<sup>22</sup> Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos: *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 476 (1976); *Belloti v. Baird I*, 428 U.S. 132 (1976); *Maher v. Roe*, 432 U.S. (1977); *Beal v. Doe*, 432 U.S. (1977); *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979); *Belloti v. Baird II*, 428 U.S. (1979)M; *Harris vs. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398 (1981); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983); *Simpoulos v. Virginia*, 462 U.S. 506 (1983); *Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986); *Hartigan v. Zbaraz*, 484 U.S. 171 (1987); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990); *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Fargo Women's Health Organization v. Schafer*, 113 S. Ct. 1668 (1993); *Planned Parenthood v. Casey*, 114 S.Ct. 909 (1994); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 114 S.Ct. 909 (1994); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Gonzalez v. Carhart*, 127 S.Ct 1610 (2007).

mujer, motivo por el cual las restricciones legales de los Estados fueron consideradas como una interferencia ilegítima e inconstitucional. Sin embargo, a partir de *Belloti v. Baird*<sup>23</sup> y *Maier v. Roe*<sup>24</sup> se introdujeron dos cambios sustanciales: primero, se comenzó a considerar que el fundamento no era ningún derecho absoluto a la intimidad sino más bien la necesidad de no imponer cargas *excesivamente gravosas* a la mujer; de esta manera, la argumentación se desplazó desde el derecho a la intimidad hasta lo que se denominaron las “cargas indebidas”; esta reformulación argumentativa, como se verá más adelante, tendrá grandes repercusiones en el entendimiento del problema del aborto, pues éste sólo será permitido en la medida en que represente una carga excesiva e ilegítima para la mujer. Pero además, a partir de *Casey*<sup>25</sup> se hizo explícito el interés autónomo de los Estados en la vida del feto antes de su viabilidad, que ahora debía ser articulado con el derecho al aborto; éste interés independiente también vendría tener repercusiones significativas en la definición de los contornos y alcances del derecho al aborto.

Por otro lado, y también como consecuencia del giro argumentativo de la Corte Suprema de Estados Unidos, el contenido del derecho ha sido seriamente revaluado. Algunas de las alteraciones en este sentido a *Roe v. Wade* han sido las siguientes:

- Los Estados no tienen la obligación constitucional de asumir los costos y gastos de los abortos no terapéuticos (*Maier v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977)).
- Ni los Estados ni el gobierno federal tienen la obligación de proporcionar financiamiento público al aborto, incluso cuando se trata de abortos necesarios para el bienestar de la mujer (*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980)).
- Los Estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera, obtenga el consentimiento de sus padres, en la medida en que también se prevea un procedimiento alternativo al dicho consentimiento (*Belloti vs. Baird*, 428 U.S. 132 (1979)).
- Los Estados pueden exigir a los médicos la notificación a los padres sobre la práctica del aborto de menores (*H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398 (1981)).
- Los estados pueden regular el sistema de notificación a los padres (*Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990) y *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502 (1990)).
- El esquema de trimestres previsto en *Roe* es replanteado. Por un lado, ya no es admisible que la viabilidad coincide con el tercer trimestre del embarazo, y por otro, los Estados pueden tener un interés legítimo en proteger la vida incluso antes de la viabilidad del no nacido. “*El esquema de Roe es difícilmente consistente con la idea de una Constitución configurada con términos generales, como está la nuestra, y expresándose por lo general en principios generales (...) no se ve por qué el interés del Estado en proteger la vida potencial debe comenzar a existir recién a partir del momento de la viabilidad, ni que debería existir, en consecuencia, una línea rígida permitiendo la regulación estatal después del momento de viabilidad pero prohibiéndole antes del mismo*” (*Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989)).

<sup>23</sup> *Belloti v. Baird I*, 428 U.S. 132, 147 (1976).

<sup>24</sup> *Maier v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

<sup>25</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

- Como existe un interés autónomo e independiente en la vida del feto incluso antes de su viabilidad, los Estados pueden intentar incidir en la decisión de la mujer, en la medida en que el derecho de la mujer consiste en tomar la última decisión, más no en ser marginada de información fidedigna, objetiva y completa que le permita adoptar su determinación. Por este motivo, incluso en los estados tempranos del embarazo, los Estados pueden promover leyes que obliguen a informar a la mujer sobre los argumentos de tipo social y psicológico a favor de la continuación del embarazo. (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)).
- De igual modo, como existe un interés autónomo en la vida del feto, los Estados pueden imponer restricciones que no afecten el derecho a la salud de la mujer. En este contexto, en *Gonzales v. Carhart*<sup>26</sup> se permitió que los Estados prohibieran ciertos métodos abortivos especialmente rudos, como lo es el aborto por parto parcial, en el que permite o induce el nacimiento parcial a través del cuello del útero, se destruye el cráneo o se extrae la masa encefálica y finalmente se extrae el feto a través del cuello uterino.

En contraste con este tipo de referencias, se encuentra la ya mencionada aclaración de voto de magistrado Manuel José Cepeda a la sentencia C-355/06. La referencia al derecho comparado no solo comprende un amplio catálogo de países, sino que además su comprensión del derecho alemán y norteamericano es mucho más afortunada y carece de las deficiencias del fallo mayoritario. Su mayor acierto, y su ventaja fundamental consiste en emprender un análisis dinámico de los precedentes.

En el caso de la citación de Estados Unidos, el magistrado no solo individualiza los fallos judiciales referentes al aborto, sino que también precisa los problemas jurídicos abordados y el tratamiento que a los mismos les ha dado a lo largo del tiempo el juez norteamericano. En este contexto, la referencia a *Roe vs Wade* constituye tan solo un elemento de juicio a la hora de evaluar el derecho jurisprudencial norteamericano. Si bien la aclaración de voto concentra su atención en 5 fallos específicos, logra dar cuenta de manera rigurosa y precisa del estado de la cuestión en este sistema jurídico. Al respecto sostiene lo siguiente:

*“La Corte Suprema de Justicia estadounidense se ha pronunciado en más de 30 oportunidades sobre el aborto. De todas sus decisiones se hará alusión a cinco, cuatro que son consideradas como las sentencias hito de la jurisprudencia sobre el tema y una quinta que corresponde a la más reciente. Las primeras dos decisiones, de 1974, -Roe contra Wade y Doe contra Bolton- son las que fijaron los parámetros constitucionales que resultaron en la despenalización del aborto en un sistema de libertad ordenado por la Corte Suprema de Justicia para proteger la intimidad de la mujer. Las siguientes tres decisiones – Planned Parenthood contra Casey; Stenberg contra Carhart; y Ayotte Attorney General of New Hampshire contra Planned Parenthood or Northern New England- datan de 1992, 2000 y 2006 y comprenden un control de normas estatales revisadas a la luz de la Constitución y de los parámetros fijados en las dos primeras decisiones sobre el aborto. Las últimas tres decisiones son importantes porque matizan el sistema de libertad de la regulación del aborto que había sido establecido en los dos primeros casos mencionados. El matiz consiste en lo siguiente: De acuerdo a Roe v. Wade la mujer puede decidir libremente abortar, en virtud de su derecho a la intimidad, durante el primer trimestre del embarazo, y aún después, en condiciones encaminadas a proteger la vida y la salud de la mujer, hasta que el feto llegue a un estado de desarrollo que lo haga viable por fuera del vientre de la madre. De acuerdo a las sentencias posteriores, el legislador puede establecer trámites y condiciones, como períodos de espera breves y consejería médica previa, para el ejercicio de esa libertad siempre que ello no represente una ‘carga indebida’ para la mujer”.*

<sup>26</sup> *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

Después de un breve pero completo recorrido, el magistrado concluye que en Estados Unidos se reconoce el derecho de la mujer a abortar antes de su viabilidad, si bien éste derecho puede ser limitado y restringido mediante cargas como la espera de 24 horas o la recepción de información médica sobre la viabilidad del feto. Los estados federados pueden criminalizar el aborto después de la viabilidad del feto, sin perjuicio de la facultad de terminar el embarazo cuando su continuación represente una amenaza objetiva y cierta para la vida o salud de la mujer.

---

### 3.4. INAPLICABILIDAD DEL PRECEDENTE POR DISPARIDAD EN EL FUNDAMENTO JURÍDICO EN LOS SISTEMAS JURÍDICO.

También se explicó que la utilización de precedentes foráneos exige la coincidencia en los fundamentos jurídicos de la regla jurisprudencial en ambos ordenamientos. Si un juez hace uso de un precedente que tiene como fundamento un derecho o un precepto constitucional que es opuesto o inexistente en el propio ordenamiento, esta aplicación es incorrecta.

En algunas ocasiones la Corte colombiana ha prescindido de esta exigencia, y ha utilizado precedentes que no son aplicables al ordenamiento nacional. La sentencia C-886/10 es un buen ejemplo de esta utilización inadecuada del precedente judicial foráneo. En efecto, en este fallo se debía resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 113 del Código Civil y del artículo 2 de la Ley 294 de 1996, que establecen como condición para el matrimonio que los contrayentes sean de distinto sexo. Los demandantes alegaron en aquel momento que la restricción vulneraba el derecho a vincularse jurídicamente en pareja, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Pues bien, la Corte emitió un fallo inhibitorio argumentando la ineptitud sustantiva de la demanda, al no contener una argumentación clara, suficiente y pertinente que demuestre la contradicción entre los preceptos legales y los de rango constitucional. Dentro de las razones que esgrime para sustentar la decisión inhibitoria, sostiene que dentro del sistema europeo de derechos humanos, el TEDH ha entendido que los Estados pueden limitar el matrimonio a personas de distinto sexo, tal como se reconoció en el caso *Kopf y Shalk vs Austria*. Explícitamente sostiene lo siguiente:

*“Contrariamente a lo expuesto por el demandante, los instrumentos internacionales, al igual que las normas acusadas, se refieren a que el matrimonio es celebrado entre un hombre y una mujer; precepto reflejado en la Convención Americana de Derechos Humanos artículos 17 y 23. Así las cosas, no se puede deducir, a menos que se acepte que es una apreciación personal o subjetiva, una conjetura o sospecha del demandante, que el derecho internacional de los derechos humanos establece una obligación a los Estados de reconocer el matrimonio entre parejas del mismo sexo, como lo ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (caso Kopf y Shalk vs Austria). En este orden de ideas, no puede aceptarse que una especial y particular interpretación de una norma internacional conlleve necesariamente la existencia de un cargo de constitucionalidad contra el artículo 113 (parcial) del Código Civil y el inciso 1º (parcial) del artículo 2º de la ley 294 de 1996”.*

Como puede apreciarse, la referencia a este fallo adolece de varias deficiencias. Dentro de estas se encuentra que el *holding* del fallo es diferente en el caso colombiano y europeo: como en éste la decisión se sustenta en el respeto a la libertad de configuración legislativa de los Estados, este principio es inaplicable al fallo colombiano, toda vez que la Corte Constitucional no es un tribunal regional de derechos humanos. Y mucho menos aún, este fallo del TEDH puede servir de sustento a la idea sobre la sustentación inadecuada de los cargos formulados por los demandantes en la demanda de inconstitucionalidad.

Significa esto que la utilización de precedentes de otros jueces debe estar precedida por una indagación de su fundamento normativo, para luego verificar si este fundamento es coincidente en los ordenamientos. Únicamente cuando ello es así, puede aplicarse válidamente la directriz jurisprudencial del operador jurídico foráneo.

### 3.5. AUSENCIA DE VALORACIÓN CRÍTICA DEL PRECEDENTE FORÁNEO.

Finalmente, el recurso a la autoridad no exime de toda valoración crítica. La tesis defendida por la autoridad que se considera como competente, debe mostrarse al menos como razonable. Por este motivo, se deben identificar y evaluar las razones y la justificación de la autoridad como paso previo a su adopción. Esto significa que esta forma argumentativa exige también este nivel crítico. Por este motivo, no basta con invocar una cierta decisión judicial, sino que también se debe indagar y valorar su fundamento y justificación.

La Corte colombiana, sin embargo, en múltiples oportunidades ha asumido acríticamente los precedentes de otros jueces constitucionales, prescindiendo de cualquier análisis ulterior, y sustentado únicamente en el reconocimiento y prestigio de estos tribunales. Ejemplos de ello se encuentran en las sentencias T-502/11, C-886/10, T-740/10, entre muchas otras. En todas ellas la Corte se limita a citar fallos del Tribunal Constitucional español o alemán o del TEDH, para derivar directamente de allí su aplicabilidad al caso colombiana. Se prescinde en todo caso de la valoración crítica del precedente invocado y de su fundamento jurídico.

## 4. CONCLUSIONES.

- La citación de precedentes foráneos no solo es una práctica común en la jurisprudencia constitucional contemporánea, sino que además representa una oportunidad legítima y provechosa en la construcción del constitucionalismo de nuestros días. Esta técnica permite no solo la aproximación y el intercambio entre los distintos sistemas jurídicos, sino también la solución conjunta de las complejas problemáticas relativas al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y a la organización y límites del poder.
- La legitimidad de su utilización está en función del cumplimiento de los estándares para el uso del argumento de autoridad. En particular, depende del cumplimiento de las siguientes condiciones:
  1. Individualización del tribunal o juez, la providencia y la regla jurisprudencial invocada.

2. Búsqueda amplia y profunda de los precedentes foráneos que resuelven en distintos sentidos el problema jurídico abordado.
  3. Fidelidad al precedente.
  4. Coincidencia entre el precedente invocado y la regla jurisprudencial adoptada con base en su fundamento jurídico.
  5. Razonabilidad del precedente.
  6. Identidad entre la tesis defendida por el fallo citado y la prolijada por el operador jurídico que se vale del argumento de autoridad.
- La Corte Constitucional de Colombia, aunque ha iniciado un importante proceso de aproximación e intercambio con otros sistemas constitucionales a través de la citación de precedentes foráneos, con frecuencia lo hace apartándose de estas exigencias argumentativas. En estas hipótesis la apelación al precedente constituye una estrategia de legitimación de la decisión, más que una justificación en sentido estricto.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ANNE MARIE SLAUGHTER, , *Judicial globalization*, Virginia Journal of International Law, Nro. 40, 2000.

CLAUDIA ESCOBAR GARCÍA, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

\_\_\_\_\_, “La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y perspectivas después de dos décadas”, en Revista Foro Nro. 12, II semestre de 2009, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, pp. 127-180.

\_\_\_\_\_, “Entre identidad e intercambio jurídico: el nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariel Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) - Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, T. I, 2010, pp. 467-500.

DANIE BRAND, “El experimento de Sudáfrica con los derechos socio económicos justiciables. ¿Cómo se está desarrollando?”, en Christian Curtis y Ramiro Ávila Santamaria (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 479-542.

IAN SHAPIRO, *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: Una introducción*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho 31 (2000).

JOSE MARIA SERNA DE LA GARZA, “Globalización y derecho constitucional comparado”, en en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariel Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) - Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, T. II, 2010, pp. 759-789.

MARC JACOB, “La función sistémica del precedente: perspectivas del derecho internacional”, en en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariel Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) de la Universidad Nacional Autónoma de México

(UNAM) - Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional – Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, T. II, 2010, pp. 675-716.

MARK TUSHNET, *The inevitable globalization of constitutional law*, Harvard Law School Public Law and Legal Theory Paper Series, Paper Nro. 09-06;

RICARDO GARCÍA DAMBORENEA, *Uso de razón. El arte de razonar, persuadir, refutar*. Documento disponible en: [www.usoderazon.com](http://www.usoderazon.com)..

### **JURISPRUDENCIA – PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

Sentencias: T-844/11, T-618/11, T-565/11, T-557/11, C-574/11, T-502/11, T-434/11, C-886/10, T-740/10, T-717/10, T-572/09, C-1043/06, T-66\$/04, T-440/03, C-1074/02, C-113/94.

Autos: A251/08.