

LA UTILIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EXTRANJERA POR LA SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Haideer Miranda Bonilla¹

SUMARIO: 1. Introducción 2. El uso de precedentes extranjeros por las Cortes, Tribunales Constitucionales. 3. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional. 3.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América. 3.2. El Tribunal Federal Constitucional Alemán. 3.3. La Corte Constitucional Italiana 3.4. El Tribunal Constitucional Español. 3.5. El Consejo Constitucional Francés. 3.6. La Corte Constitucional Colombiana. 4. La utilización de precedentes extranjeros en notas separadas y votos particulares de la Sala Constitucional. 5. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte Constitucional Colombiana. 6. El diálogo judicial como mecanismo para la formación y consolidación de un derecho constitucional global. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción. El presente estudio pretende analizar el impacto del derecho comparado en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. En particular, se tomará en cuenta únicamente el formante jurisprudencial a fin de evidenciar con que frecuencia y en que temáticas los jueces constitucionales recurren al método comparado, en particular a resoluciones de órganos de justicia constitucional.² Para ello se analizarán una serie de sentencias en las que expresamente se citan resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italia, el Tribunal Constitucional Español, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana con la finalidad de determinar cuál ha sido el peso que se

¹ *Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa Italia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Master en Estudios Avanzados de Derecho Europeo y Transnacional por la Universidad de Trento, Italia. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Además ha realizado una serie de estancias profesionales en la Corte Constitucional Italiana, en el Tribunal Constitucional Español, en la Suprema Corte de la Nación de México y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Letrado de la Sala Constitucional y Coordinador de la Maestría en Derecho Comunitario y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica www.derechocomunitario.ucr.ac.cr Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional.*

* *Las opiniones y comentarios contenidos en este artículo no representan necesariamente el criterio oficial de las instituciones en las que el autor labora.*

** *Agradezco enormemente las útiles observaciones que me brindaron en la realización del presente estudio los profesores Andrea Pertici, Enrique Ulate Chacón, Nicola Pignatelli, Roberto Romboli y Tommaso Giovannetti. Además agradezco a Álvaro Cabezas Gutiérrez por las útiles referencias jurisprudenciales y los comentarios que me brindó.*

² *En este sentido, es de gran interés el estudio que realizó el profesor Pegoraro en relación a la Corte Constitucional Italiana. En PEGORARO Lucio. La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica. CLUEB, 2006.*

le ha concedido al argumento comparado, en particular si ha tenido o no incidencia en el proceso decisonal al que se llegó. Por otra parte, se estudiará si la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha tenido alguna influencia o ha sido utilizada por otros Tribunales Constitucionales, a fin de determinar la existencia de un diálogo judicial en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

En éste contexto, las jurisdicciones constitucionales sufren de un déficit de legitimación democrática. La función del Tribunal resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia. Ese déficit para un sector de la doctrina viene colmado en particular modo a través de la motivación de las sentencias y el uso de argumentos de peso en el proceso decisonal.³ En ese sentido, el método comparado adquiere una importancia cada vez mayor en el derecho constitucional, en donde es considerado el quinto método de interpretación constitucional.⁴ Además es un instrumento que permite conocer mejor el derecho interno, la regulación normativa de una institución jurídica en otros ordenamientos

y las soluciones que otras jurisdicciones brindaron a un mismo problema a fin de individualizar si éstas se toman o no en cuenta en la solución del caso en concreto.

2. El uso de precedentes extranjeros por las Cortes, Tribunales Constitucionales.

Desde mitad de los años 90, los primeros estudios de «derecho constitucional global» habían resaltado el creciente rol de los jueces constitucionales como protagonistas de la circulación jurídica, a través de la utilización de argumentos «extra sistémicos» o bien la referencia cada vez más frecuente en las sentencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de sentencias de otras Cortes Constitucionales.⁵

El progresivo aumento que viene reconocido al método comparado por parte de la jurisprudencia no solo interna, sino internacional, pone en evidencia como la comparación jurídica cobra cada día mayor importancia en la creación y aplicación del derecho, en particular modo en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, en donde se puede establecer la existencia de un espacio cultural común

3 Cfr. ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005, p. 11.

4 HABERLE Peter. *Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 13, enero – junio 2013. Los cuatro métodos clásicos de interpretación jurídica definidos por Savigny son: El gramatical, el histórico, el lógico y el sistemático.

5 Entre los múltiples estudios de derecho constitucional comparado que surgieron en esa época se puede mencionar: L'HEUREUXX –DUBE C. *The international Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*. En *Harvard Law Revist*, 2001, p. 2049 ss. SLAUGHTER A. *Global Community of Courts*. En *Harvard International Law Journal*, 2003, p. 191 ss.

que permite instituir los presupuestos para establecer la existencia de un «diálogo entre jurisdicciones o judicial dialogue».⁶

La comparación consiste en una operación lógica que conlleva el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinadas, la consideración de los datos obtenidos, su comparación y una síntesis de la que emerge la validación crítica que contiene el juicio comparativo.⁷ Hacer derecho comparado es (también y no sólo) crear (o utilizar) clases y modelos, operar confrontaciones por analogías y diferencias, indagar sobre la circulación, la exportación o la importación

de las instituciones, así como considerar su capacidad de adaptación a contextos diferentes.⁸ El fin primordial de la comparación es conocer las diferencias existentes entre modelos jurídicos, contribuyendo de esa forma al conocimiento de los modelos puestos en confrontación.⁹ En este sentido, la doctrina distingue la macrocomparación, entre sistemas jurídicos distintos, y la microcomparación entre sistemas jurídicos de la misma familia.¹⁰

Al respecto, es muy útil la construcción teórica del constitucionalista italiano Mauro Cappelletti quién plantea seis etapas de la

6 Sobre el así denominado «diálogo entre Cortes» o «diálogo jurisdiccional» existe una vasta literatura jurídica dentro de la que se puede citar: CARTABIA Marta. "Taking dialogue seriously" The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union, in Jean Monnet working papers, número 2/2007. CASSESE Sabino. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Ed. Einaudi, Torino 2009. ID. *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un ordine globale*. Ed. Donzelli, Roma, 2009. DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Ed. Il Mulino, Bologna, 2010. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. GARCÍA ROCA Javier, CANOSA USERA Raúl, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, SANTOLAYA MACHETTI Pablo. (Coord). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 2012. GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011. MALFATTI Elena. *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*. Ed. Giappichelli, 2013. PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuela. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004. PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008. REPETTO Giorgio. *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teoria dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*. Ed. Jovene, Napoli, 2011. ZAGREBELSKY Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Ed. Il Mulino, Bologna, 2008.

7 DE VERGOTTINI Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. Ed. CEDAM, 2013, p. 52.

8 PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Ed. Giappichelli, Torino, 2015. ID. *Diritto costituzionale comparato. Aspetti Metodologici*. Ed. CEDAM, 2013. ID. *Giustizia costituzionale comparata*. Ed. Giappichelli, 2007. ID. *La justicia constitucional comparada, una perspectiva comparada*. Ed. Dykinson, 2004.

9 "La comparazione segue la conoscenza dei modelli. Non si possono comparare se non quei modelli che si conoscono. Ma le scienze (sociali o naturali) comparative sanno –e insegnano alla scienza giuridica che è la loro sorella- che la conoscenza dei modelli progredisce per effetto della comparazione. Solo la comparazione ci svela certi dettagli dei differenti modelli considerati. E ciò che ogni comparatista sa per esperienza, poiché egli, proprio quando parla del diritto del proprio paese, trova talora qualche difficoltà a farsi comprendere dai suoi connazionali, i cui interessi sono limitati al sistema di origine, e che perciò non sono passati attraverso le sue più complicate esperienze. In definitiva, la migliore conoscenza dei modelli deve essere considerata come lo scopo essenziale e primario della comparazione intesa come scienza." En SACCO, Rodolfo. *Trattato di Diritto Comparato. Introduzione al Diritto Comparato*, Torino, UTET, 5ª. Ed., 1994, p. 13.

10 CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Ed. Il Mulino, 1998, p. 14; SACCO Rodolfo, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pág. 23; consideran que la microcomparación se produce cuando el objeto recae sobre los métodos en los cuales recae la formación de la materia jurídica, a saber, los procedimientos, las técnicas legislativas, la codificación, las sentencias, la forma de solución de conflictos, los sujetos, etc; mientras la macrocomparación la hacen recaer en institutos jurídicos concretos.

comparación: a) El *tertium comparationis*: Es fundamental, desde un punto de vista prejurídico, la existencia de un problema o necesidad social compartido por dos o más países o regiones, a los cuales debe extenderse el análisis comparativo (por ejemplo, buscar un modelo institucional de integración regional, o buscar una nueva solución a la política agraria o ambiental); b) La solución jurídica del problema: se trata de establecer con cuales normas, instituciones y procesos jurídicos, los países han tratado de resolver el problema o necesidad común; c) Las razones de ser de las analogías y diferencias: las razones históricas, sociológicas, éticas, etc. pueden explicar la diferencia de las soluciones adoptadas como respuesta al mismo problema; d) Búsqueda de las grandes tendencias evolutivas: éstas pueden ser similares o divergentes; e) La valoración de las soluciones adoptadas, o modelos de solución, considerando su eficacia o ineficacia en resolver el problema o necesidad planteada en la investigación. Esta valoración debe basarse en datos concretos empíricamente verificables, en relación con la necesidad social planteada; f) Predicción del desarrollo futuro: el comparatista, finalmente puede poner en evidencia las tendencias evolutivas, destinadas a continuar o

extenderse, estando basadas en problemas y necesidades reales de la sociedad.¹¹

La utilización del método comparado en el ámbito del derecho constitucional es fundamental para determinar la existencia de un diálogo judicial en particular en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos¹². El término «diálogo entre Cortes» en estricto *sensu* viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez y por lo tanto, externo, respecto del ordenamiento en que la sentencia debe explicar su eficacia¹³. Al respecto, es muy útil la distinción entre «influencia» e «interacción». La primera es simplemente unidireccional, por su parte, la segunda implica una plausible reciprocidad que conlleva a una «cross fertilization». De aquí que solo si estamos en presencia de interacción, parece sensato recurrir al tema de diálogo.¹⁴ Con base en ello, es indispensable la existencia como mínimo de dos actores que interactúen. Asimismo puede haber diálogo entre legisladores, es decir, entre diferentes Parlamentos, así como entre la doctrina como lo reflejan recientes

11 CAPELLETTI Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea* op cit., p. 16 - 21.

12 "El Derecho Constitucional Comparado resulta una especialización del Derecho Público Comparado. Su presupuesto se sitúa y se amplía desde un concepto de «constitución» *latu sensu*, preñado de rasgos comúnmente aceptados". En PEGORARO Lucio. *El método en el derecho constitucional: la perspectiva del derecho comparado*. Revista de Estudios Políticos, número 11, p. 16.

13 DE VERGOTTINI GiBuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*. Ed., Il Mulino, 2010, p. 10.

14 Esa distinción es propia del profesor Giuseppe De Vergottini y fue desarrollada en el seminario "Diálogo entre Tribunales en Europa: una visión teórico práctica" organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 21 y 22 de marzo del dos mil trece. Lo anterior bajo la coordinación de la Dra. Argelia Queralt (Directora) y el Dr. Migue Pérez Moneo (Coordinador).

estudios,¹⁵ sin embargo, el objeto de nuestro estudio se enfocará a la circulación del derecho a través de la actividad interpretativa de las Cortes o Tribunales Constitucionales.

En esta materia se debe distinguir entre el «diálogo horizontal» y el «diálogo vertical». El primero se desarrolla entre órganos de un mismo nivel, en particular entre Cortes o Tribunales Constitucionales o incluso Cortes Supremas quienes llevan a cabo a nivel nacional el control de constitucionalidad¹⁶ o en el ámbito internacional como la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁷ y su homóloga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el ámbito horizontal existe una relación de paridad y no de jerarquía entre jurisdicciones, siendo discrecional la utilización del derecho comparado.¹⁸

El segundo fenómeno, así denominado diálogo vertical, es aquel que se lleva a cabo en la relación entre Cortes nacionales, internacionales o supranacionales pudiéndose llevar a cabo de arriba hacia abajo o viceversa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre las Cortes o Tribunales Constitucionales y los Tribunales

Regionales de Protección de los Derechos Humanos. En el ámbito del Sistema Interamericano de Protección, en particular en aquellos Estados que han aceptado la competencia contenciosa del órgano jurisdiccional se evidencia como diferentes Cortes o Tribunales Constitucionales, en particular la Corte Suprema de Argentina, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Perú y la Corte Constitucional de Colombia le han reconocido un valor privilegiado a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual aplican cada vez con mayor frecuencia en su jurisprudencia. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias y resoluciones viene dando cada vez más importancia al método comparado utilizando jurisprudencia no sólo de su homóloga, la Corte Europea de Derechos Humanos, sino que recientemente hace cada vez más referencia a la jurisprudencia de Cortes o Tribunales Constitucionales y de Cortes Supremas de la Nación en temas complejos para desarrollar el contenido de un derecho tutelado en la Convención Americana. Así por ejemplo, en la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*¹⁹

15 PEGORARO Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos, jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado*, p. 34 – 80. En FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. In *Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

16 *Sobre el diálogo entre Corte o Tribunales Constitucionales se puede consultar*. BRITTO MELGAREJO Rodrigo. *El diálogo entre Tribunales Constitucionales*. Ed. Porrúa, México, 2012. GROOPI Tania, PONTHEAU M. CL. (Coords). Ed. Hart Oxford, 2013.

17 Cfr. GROOPI Tania. *La citación recíproca entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos del Hombre: de la influencia al diálogo?*. En <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3825/35.pdf>

18 MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En BARRIOS GONZÁLEZ Boris y BARRIOS CHAVÉS Luris (Coords). *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.

19 *Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante Corte IDH-. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párr. 232.*

y recientemente en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*²⁰ la Corte de San José hizo referencia a jurisprudencia de tribunales de la más alta jerarquía en la región, como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia, los cuales han reconocido un rango privilegiado en la jerarquía de las fuentes a la Convención Americana y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana. Lo anterior presupone una viva interacción entre jurisdicciones que evidencian la existencia de un «diálogo jurisprudencial» de carácter vertical que tiene como finalidad principal la creación de estándares mínimos de protección en materia de derechos fundamentales.²¹

Esta cooperación vertical se encuentra presente en el ámbito supranacional por ejemplo en la relación entre la Corte de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales en donde existe el instrumento de la cuestión o reenvío prejudicial procedimiento

previsto en el artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (ex artículo 234 del Tratado C.E.E.) que permite a un órgano jurisdiccional nacional -incluidos los órganos de justicia constitucional- consultar a la Corte de Justicia de la Unión Europea –en adelante Corte de Justicia U.E.- sobre la interpretación o validez del derecho europeo que debe aplicar en la resolución de un caso en concreto. Ese instrumento se constituye en un canal privilegiado de comunicación pues facilita la cooperación activa entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Corte de Justicia U.E., así como la aplicación uniforme del derecho europeo en toda la Unión Europea, motivo por el cual es considerado como uno de los mecanismos de diálogo jurisdiccional por excelencia.²²

Por otra parte, existe un «diálogo directo» cuando ocurre que una iniciativa encuentra explícito reconocimiento en la respuesta de otro; lo que ocurre entre Tribunales estatales del mismo nivel. Un «diálogo indirecto» cuando un tribunal supranacional provoca la respuesta de distintos tribunales estatales. Un diálogo silencioso cuando se incorpora un criterio jurisprudencial de otra jurisdicción pero no se cita expresamente la sentencia

20 Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 227.*

21 MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015, p. 254 – 298.*

22 *Entre los tantos estudios que así lo reconocen: MARTINICO Giuseppe. L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo. Ed. Jovene, Napoli, 2009. GIOVANNETTI Tommaso. L'Europa dei Giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria. Ed. Giappichelli, Torino, 2009. MIRANDA BONILLA Haideer. El diálogo entre Cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales. En VELANDÍA CANOSA Eduardo Andrés (Coord). *Derecho Procesal Constitucional. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015. ROMBOLI Roberto. Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo, p. 431 pp. En CIANCIO Adriana (Coord). Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Ed. Aracne, 2014.**

extranjera²³ Un simple «monólogo» en los casos en que los pronunciamientos de un tribunal estatal no susciten ocasión de respuesta por parte de los tribunales del mismo nivel.²⁴

El éxito del diálogo entre las Cortes se debe a varios factores: 1) La globalización de las fuentes. 2) La internacionalización de los derechos humanos y de garantías para su tutela, lo cual ha dejado de ser un asunto de competencia exclusiva de los Estados. 3) La existencia de problemáticas comunes.²⁵ En relación al último de los elementos se puede mencionar la tutela del ambiente, el matrimonio entre personas del mismo sexo, temáticas relacionadas con la bioética como la eutanasia, el inicio y fin de la vida, símbolos religiosos, terrorismo internacional, derechos de los inmigrantes, el surgimiento de nuevos derechos ligados con las nuevas tecnologías como el derecho de acceso a internet que están presentes en todas las latitudes y a las cuáles las jurisdicciones constitucionales, convencionales y supranacionales, han tenido que dar respuestas que no son uniformes en todas las latitudes. En este sentido, la jurisprudencia de un determinado órgano de justicia constitucional o supraconstitucional puede estimular la reacción en otros ordenamientos quiénes pueden dar una solución similar o diferente a un problema

similar, lo que evidencia la influencia que puede existir entre jurisdicciones y el peso que actualmente tiene el derecho comparado.

En los últimos años, el intercambio de experiencias viene focalizado en la utilización y citación por parte de la Cortes o Tribunales Constitucionales de materiales normativos y jurisprudenciales externos a sus ordenamientos. La experiencia más relevante de apertura en la utilización del derecho comparado es quizá el artículo 39 inc. 1) de la Constitución de la República de Sudáfrica (1996) que dispone «Interpretación de la Declaración de Derechos. Al interpretar la Declaración de Derechos, el tribunal o foro deberá: (a) promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad; (b) considerar la legislación internacional vigente; y (c) considerar las leyes extranjeras». Con base en ello, el Tribunal Constitucional Sudafricano ha utilizado con bastante frecuencia sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en donde ha desarrollado la temática de la dignidad humana y el principio de proporcionalidad, así como jurisprudencia de las Cortes Supremas de los Estados Unidos, Canadá y Australia.²⁶

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con su carga de historia y

23 En ese sentido, en la relación entre el juez nacional y la Corte de Justicia se ha desarrollado un diálogo silencioso, pues en las sentencias no se citan expresamente los parámetros jurisprudenciales tal y como lo determina en su estudio, MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

24 BURGORGUE LARSEN Laurence. *La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial*, p. 24 ss. En AA.VV. *Derecho Constitucional Europeo*. Actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Ed. Tirant Lo Blanch, España, 2011.

25 Esa temática fue ampliamente tratado por el profesor Roberto Romboli en la conferencia que impartió sobre el «Dialogo tra le Corti» en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa el 23 de marzo del 2012.

26 LOLLINI Andrea. *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, p. 453 ss. En *Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. Ed. Giappichelli, Torino, 2007.

de autoridad ha mostrado una actitud «front indifferent to hostile» a la citación del derecho extranjero. A lo interno de la Corte Suprema, se encuentran aquellos jueces que condenan cualquier referencia al derecho extranjero, en particular modo el juez Antonin Scalia para quien el método idóneo para interpretar la Constitución es el originalista, motivo por el cual el derecho comparado no tiene ninguna utilidad en la labor de un tribunal constitucional. Esa posición incluso encontró apoyo político en el 2004 en la House of Representative y en el 2005 en el Senado, donde los republicanos tentaron de aprobar incluso una resolución que prohibiera a los jueces de la Corte Suprema la citación de derecho extranjero.²⁷

Lo anterior evidencia como ciertas Cortes o Tribunales Constitucionales demuestran una apertura a la utilización del derecho comparado y por lo tanto, a «dialogar» con otras jurisdicciones y por el contrario jurisdicciones bastante reticentes o tímidas a ese fenómeno. En este sentido, el profesor De Vergottini diferencia una serie de posibilidades: tribunales que rechazan el diálogo con fuentes extranjeras o la imposibilidad del mismo; aquellos que las estudian y conocen, pero no las usan en su fundamentación; tribunales que citan precedentes extranjeros de manera erudita, pero que no los incorporan realmente en la argumentación, y por último, los que utilizan

esas fuentes externas de manera adecuada mediante un método comparado que permite construir categorías, derechos y principios jurídicos.²⁸

En el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos, el diálogo entre Tribunales Constitucionales adquiere particular importancia, a fin de determinar la existencia de una comunicación judicial para lo cual es fundamental el estudio de la *praxis* jurisprudencial. A los jueces constitucionales les corresponde interpretar la Constitución cuyo texto se encuentra conformado por principios generales, valores y derechos a los cuales hay que darles contenidos.²⁹

3. La utilización de jurisprudencia constitucional extranjera por la Sala Constitucional.

De previo analizar la utilización del derecho comparado se analizarán brevemente las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual está integrada por 7 Magistrados propietarios y 12 suplentes, todos nombrados por mayoría calificada de la Asamblea Legislativa. La Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, han atribuido a la Sala Constitucional las siguientes competencias: el control de constitucionalidad, que puede

27 GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Ed. Il Mulino, Bologna, 2011.

28 DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le Corti op. cit.* p. 128 ss.

29 TORRES Aida. *Conflicts of rights in the European Union. A theory of supranacional adjudication*. Ed. Oxford University Press, 2009, p. 95. Para la Autora una de las bases de las que arranca la idea de diálogo en sus construcciones anglosajonas es que en el universo de los derechos, no existen verdades absolutas sino un debate abierto conformado por sucesivas aproximaciones relativas sobre casos concretos. Ningún tribunal es plenamente señor de la interpretación de un derecho por su misma naturaleza universales. El trabajo en red resulta en buena lógica necesario aunque no venga normativamente impuesto.

ser desarrollado de modo *previo* a la entrada en vigor de la norma jurídica, o a *posteriori*, mediante las acciones de inconstitucionalidad y las consultas judiciales; los procesos de garantía de los derechos fundamentales, dentro de los cuales destaca el proceso de habeas corpus para la protección de la integridad y libertad personales, así como el recurso de amparo para la defensa de los demás derechos de carácter fundamental contemplados en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República (véase al efecto el artículo 48 de la Constitución Política); y los conflictos de competencia entre órganos constitucionales, que pueden ser positivos o negativos, según los cuales los órganos que se disputan la respectiva competencia deseen o no hacer ejercicio de ella.³⁰

En relación a la utilización del derecho comparado por la Sala Constitucional no encontramos en la Constitución Política, ni en la Ley de la Jurisdicción Constitucional norma que obligue o prohíba en el ejercicio de sus competencias la utilización de precedentes extranjeros, lo cual evidencia que su utilización tiene un carácter meramente discrecional. No obstante, desde su primer año de funciones la jurisdicción constitucional tuvo una apertura a la utilización del derecho comparado, en particular en la citación y referencia de sentencias de otras jurisdicciones que llevaban a cabo con una mayor tradición el control de constitucionalidad de las

normas, como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y el Tribunal Constitucional Español.³¹

En el estudio realizado, una de las primeras resoluciones en la que expresamente la Sala Constitucional recurre al derecho constitucional comparado, es la sentencia número **252-1991** emitida dentro de un recurso de amparo. En particular, en la motivación se hace referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en particular a los efectos declarativos de las sentencias indicándose que “Este método de control constitucional ha sido desarrollado a partir de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, iniciada en 1803 y hasta el día de hoy, con variantes, es el que rige en nuestro país”. En la sentencia, la Sala ordenó a la Junta de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional ajustar la pensión del recurrente en forma retroactiva, es decir, desde momento en que surgió a la vida jurídica su derecho a la pensión.

En sus primeros años de funciones (1989 a 1992) encontramos referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema Americana de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. En esto último seguramente pesó el hecho de que la primera generación de jueces constitucionales tenían una formación académica en Europa, pues de los 7 integrantes, 4 de ellos habían realizados estudios doctorales y de postgrado en prestigiosas universidades en España y

30 *Sobre el modelo de justicia constitucional costarricense se puede consultar: HERNÁNDEZ VALLE Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Ed. Juricentro, San José, 2014.*

31 *El texto integral de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional puede ser consultado en: <http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr>*

Francia.³² Además, encontramos sentencias en las cuales utilizó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para declarar la inconstitucionalidad de normativa interna.³³ Posteriormente, la utilización del método comparado aumenta particularmente a finales de la década de los noventa en donde se amplía el *espectro* comparativo pues encontramos referencia expresa a sentencias del Tribunal Federal Constitucional Alemán, la Corte Constitucional Italia, la Corte Constitucional Colombiana y más recientemente al Consejo Constitucional Francés, en la motivación de las sentencias y en algunos casos en notas separadas o en los votos particulares de algunos jueces.

3.1. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

La tradición jurídica de la jurisdicción americana en relación al control de constitucionalidad de las normas ha tenido una particular influencia en nuestra jurisdicción constitucional, a pesar de que es un ordenamiento jurídico de *common law*.³⁴ En particular la jurisprudencia de la Corte Suprema tuvo un gran peso en la histórica sentencia número **1739-1992** que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso -*due process of law*- que en nuestro ordenamiento se derivan de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 constitucionales. Al respecto, en la

motivación de la sentencia redactada por el juez Piza Escalante, se determinó en lo que interesa:

“(...) c) Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial -substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la

32 *La primera integración de jueces de la Sala Constitucional estuvo conformada por los Magistrados: Lic. Alejandro Rodríguez, Dr. Rodolfo Piza E., Dr. Luis Fernando Solano C., Dr. Jorge Castro B., Dr. Jorge Baudrit G., Dr. Luis Paulino Mora M., y el Dr. Juan Luis Arias A.*

33 *HERNÁNDEZ VALLE Rubén. L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina. En ROLLA Giancarlo (coord). Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni. Ed. Giuffré, Milano, 2010. MIRANDA BONILLA Haideer. Derechos Fundamentales en América Latina, op. cit. p. 162 ss.*

34 *Sobre ese tema se puede ver la obra de MATTEI Ugo. Il modello di common law. Ed. Giappichelli, Torino, 2014.*

Constitución. De allí que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.

En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia

constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos: a) el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; b) el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal -procesal-; y c) el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución”.

En la resolución no se hace referencia expresa alguna sentencia en particular, se toma en cuenta la construcción jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el tema del debido proceso legal, sus diferentes tipos y los elementos que lo conforman. El impacto en nuestro ordenamiento de esa sentencia ha sido enorme pues la garantías que informan el debido proceso deben ser respetadas en cualquier procedimiento administrativo o judicial –penal, laboral, familia- e incluso en algunos supuestos por parte de sujetos de derecho privado, sobre todo en aquellos casos en donde se van a limitar derechos fundamentales o imponer una sanción.

En estrecha relación con lo anterior, en la sentencia número **5236-1999** la Sala Constitucional desarrolló el principio de razonabilidad el cual surge del denominado debido proceso sustantivo. En particular se hace referencia a los diferentes tipos de razonabilidad que ha desarrollado la doctrina americana y que ha sido considerada en su jurisprudencia por la Corte Suprema, indicándose en lo que interesa:

“Para realizar el juicio de razonabilidad la doctrina estadounidense invita a examinar, en primer término, la llamada “razonabilidad técnica” dentro de la que se examina la norma en concreto (ley, reglamento, etc.). Establecido que la norma elegida es la adecuada para regular determinada materia, habrá que examinar si hay proporcionalidad entre el medio escogido y el fin buscado. Superado el criterio de “razonabilidad técnica” hay que analizar la “razonabilidad jurídica”. Para lo cual esta doctrina propone examinar: a) razonabilidad ponderativa, que es un tipo de valoración jurídica a la que se concurre cuando ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso) se exige una determinada prestación (ej. tributo), debiendo en este supuesto establecerse si la misma es equivalente o proporcionada; b) la razonabilidad de igualdad, es el tipo de valoración jurídica que parte de que ante iguales antecedentes deben haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; c) razonabilidad en el fin: en este punto se valora si el objetivo a alcanzar, no ofende los fines previstos en la constitución. Dentro de este mismo análisis, no basta con afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la índole y el tamaño de la limitación que por ese medio debe soportar un derecho personal. De esta manera, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable”.

El principio de razonabilidad si bien fue desarrollado con anterioridad en las

sentencias **3933-1998** y **8858-1998**, la sentencia en cuestión es particularmente útil pues hace referencia a los tipos de razonabilidad que existen en el derecho constitucional y su finalidad. Por otra parte, es de particular interés la sentencia número **15055-2010** que desestimó una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la reforma del artículo 86 del Decreto Ejecutivo No. 31608-G de 24 de junio del 2004, Reglamento a la Ley de Control de Radio, que impuso a las proveedoras de televisión por cable a transmitir la programación de frecuencias U.H.F. y V.H.F. de manera gratuita. En la motivación de la sentencia se hace referencia al caso *Caso Turner Broadcasting System, INC.* y otros contra la Comisión Federal de Comunicaciones (520 U.S. 180) (1997), en donde la mayoría de jueces de la Suprema Corte avalaron la obligación de transmitir la señal de la televisión abierta indicándose que: “El criterio allí expuesto mantiene, en lo sustancial, su vigencia. Las «*must carry rules*», como se conoce en ese medio la obligación cuestionada en esta acción, enfrentan ahora un nuevo reto al que pronto también se enfrentará el país, el cambio total de la señal televisiva a la tecnología digital”. En igual sentido, se citó el caso *C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium* y otros, sentencia del 13 de diciembre de 2007 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E.), así como la resolución C-654-03, dictada el 5 de agosto de 2003 por la Corte Constitucional. Lo anterior tuvo un peso en la decisión final que declaró que la obligación que se les impuso a las empresas de televisión por cable no vulnera ningún derecho constitucional.

3.2. El Tribunal Federal Constitucional Alemán.

En numerosas sentencias la Sala Constitucional ha hecho referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán en relación los elementos que conforman el principio de razonabilidad. En particular, esa tesis fue desarrollada por primera vez en la sentencia número **3933-1998**, en donde se indicó:

La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la “razonabilidad” al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ideas que desarrolla afirmando que: La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado no debe estar, al menos, legalmente prohibido; la idoneidad indica que la medida estatal cuestionada deber ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido; la necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona; y la proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, o sea, no le sea exigible al individuo”.

En particular, si bien la sentencia no hace referencia expresa a las resoluciones que desarrollaron esos elementos, esa tesis jurisprudencial ha sido construida y desarrollada por el Tribunal Constitucional Alemán, tal y como lo reflejan los estudios doctrinales que han sido desarrollados en ese tema.³⁵ Esa línea jurisprudencial ha sido utilizada por la Sala Constitucional en multiplicidad de casos para determinar si un determinado acto, conducta o norma respeta los componentes que informan el principio de razonabilidad y proporcionalidad. Así por ejemplo, en números fallos ha determinado que el monto de la multa por la infracción de la normativa de tránsito vulnera los parámetros de razonabilidad (ver sección 3.6).

En la sentencia número **824-1994** la Sala Constitucional hizo referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en relación a que la publicidad en los periódicos o suplementos esta incluida dentro de la de la tutela ofrecida por la libertad de expresión:

“(…) Declara que el derecho fundamental de la libertad de expresión no se limita a proteger a los «órganos de la prensa contra las injerencias del poder público en su difusión de las propias opiniones. En gran medida, la prensa se limita, en su parte de artículos redactados, a reproducir las noticias sin comentarlas y se abstiene, al hacerlo, de pronunciarse sobre la exactitud de la noticia y también, con razón, de utilizar esa noticia como base para expresar una opinión propia.

35 HARTWIG Matthias. *La proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania*, pp. 781-793. En BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, México 2010.

*Constituye un hecho indiscutible el que la libertad de prensa protege esa difusión de noticias en bruto, sin tomas de partido del órgano considerado. Un anuncio también es una noticia, y por ese motivo la libertad de prensa incluye también la parte de «anuncios» de los periódicos».*³⁶

Lo anterior tuvo incidencia pues en el caso en concreto se determinó que la conducta de un diario de circulación nacional de no publicar un anuncio fue arbitraria. Por último, la jurisprudencia constitucional se ha enriquecido del amplio desarrollo que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional Alemán del principio de la dignidad humana que se encuentra en el artículo 1 de la Ley Fundamental Alemana –Grundgesetz-, el cual reconoce que “la dignidad del hombre es intangible” y que “es deber de cada poder estatal respetarla y protegerla”.³⁷

3.3. La Corte Constitucional Italiana.

En el estudio jurisprudencial realizado encontramos sólo una sentencia en la que se hace referencia a la Corte Constitucional Italiana, una de las jurisdicciones europeas con mayor tradición y prestigio, creada tras la finalización de la II Guerra Mundial como una instrumento para limitar la arbitrariedad de los poderes estatales y la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.³⁸ En la sentencia número **11352-2010**, la Sala Constitucional hizo

referencia a la tesis jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional Italiana y el Tribunal Federal Constitucional Alemán, en relación a la competencia que tiene los órganos jurisdiccionales constitucionales para dictar sentencias “estimatorias exhortativas”. En la motivación de la sentencia no se hace referencia expresa de alguna resolución del órgano de justicia constitucional italiano en la que se haya utilizado esa técnica, sin embargo, ello es un tema que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina constitucional –italiana y extranjera- que le han reconocido un papel pionero en la creación jurisprudencial de diferentes tipologías de sentencias dentro de las cuáles se puede mencionar: aditivas, aditivas de principio, sustitutivas o reductivas, interpretativas estimativas o de rechazo, monito o exhortativas y sentencias de inconstitucionalidad diferida en el tiempo.³⁹

En la sentencia número **11352-2010**, la Sala Constitucional declaró con lugar una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 262 del Código Electoral pues determinó que existe una inconstitucionalidad por omisión por parte de la Asamblea Legislativa en reformar parcialmente la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que se incorpore como causal de pérdida de credencial de los Diputados, las faltas al deber de probidad, así como el establecimiento de otras sanciones administrativas que no impliquen esa

³⁶ Es sumamente interesante pues ese extracto jurisprudencial fue tomado del libro *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Humanos*, pp. 366-367.

³⁷ Cfr. JURGEN SCHAWABE. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Ed. Konrad Adenauer -Stiftung, Programa de Estado de Derecho, Uruguay, 2003.

³⁸ Sobre la organización y funcionamiento de la Corte Constitucional Italiana se puede consultar MALFATTI Elena, PANIZZA Saulle, ROMBOLI Roberto. *Giustizia Costituzionale*. Ed. Giappichelli, Torino, 2010.

³⁹ Sobre esa temática se puede ver el interesante estudio realizado por HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *La Corte Constitucional Italiana*, publicado en el presente número de la Revista Judicial.

cancelación, cuando los Diputados cometan faltas a los deberes éticos-funcionariales, pues ello es una competencia que debe estar contemplada a nivel constitucional. En virtud de lo anterior, los jueces otorgaron a través de una sentencia exhortativa un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realizara la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones. No obstante a pesar de que han transcurrido más de 6 años es reforma no se ha llevado a cabo.

3.4. El Tribunal Constitucional Español.

En múltiples sentencias, la Sala Constitucional en el ejercicio de sus funciones ha utilizado jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, sin embargo, a continuación se van analizar seis importantes resoluciones. En la sentencia número **2021-1992** que desestimó por mayoría un recurso de habeas corpus interpuesto por la supuesta dilación excesiva de un proceso judicial. En la motivación de la sentencia **se** indicó: “La dilación en los procesos, no sólo son imputables al Juez -cuando haya actuado en forma negligente- sino también las parte cuando sea relevante la propia actitud poco diligente, pues teniendo los remedios adecuados a sus manos, no los utilizan en su debido momento, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español”. Lo anterior tuvo incidencia en la desestimación del caso, pues se constató que la dilación del proceso penal se debía a la complejidad del caso y a la actitud poco diligente de las partes. Por otra parte,

en la sentencia número **4512-1993** que desestimó una acción de inconstitucionalidad interpuesta con el artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que impide interponer un recurso de amparo contra resoluciones judicial, los jueces constitucionales en el análisis del contenido y alcance del derecho a la tutela judicial efectiva citaron la línea jurisprudencia en ese sentido del Tribunal Constitucional Español.⁴⁰ Nótese que en ambas sentencias se hace referencia al criterio jurisprudencial de la jurisdicción constitucional español, sin indicar en forma concreta el número de sentencia o de voto.

En la sentencia número **3484-1994** la Sala Constitucional analizó la constitucionalidad de una serie de normas del Código Notarial relacionadas con el régimen disciplinario de los notarios. En particular uno de los aspectos cuestionados es que si la sanción tanto en sede penal como administrativa vulnera el principio de non bis in ídem. Para resolver ese extremo los jueces constitucionales citaron la sentencia 77-1983 del Tribunal Constitucional en la que se dispuso: “El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero

⁴⁰ El precedente jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español sobre la tutela judicial efectiva ha sido utilizado en las sentencias 4805-1993, 6130-1993, 6227-1993, 6266-1996, 9131-1998.

que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuanto actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado”. Lo anterior tuvo influencia en la resolución del recurso pues se indicó que si en vía penal se determina que el hecho no se cometió o no lo fue por la persona a la que se le atribuye, el notario no podría ser sancionado administrativamente por los mismos hechos. Si en vía penal se determina que el hecho irregular existió, pero no constituye delito, por ejemplo, por no haber sido cometido en forma dolosa, el asunto si podría ser examinado en vía administrativa. Además, en la sentencia número **1545-2001** que resolvió un recurso de amparo interpuesto por una empresa hotelera, la Sala Constitucional determinó que el amparo constitucional solamente procede contra actos evidentemente arbitrarios que conculquen en forma directa derechos fundamentales, es decir, de violaciones graves, burdas, claras, en el presente caso, al derecho de defensa y al debido proceso, habida cuenta que esta sede no está llamada a corregir todos los vicios in procedendo. En este sentido, en motivación de la resolución se citó la sentencia número 48-84 en la que el Tribunal Constitucional Español determinó que “(...) no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por

el art. 24 de la Constitucional; y, por otra parte, que la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional o con repercusión o trascendencia en el orden constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del procedimiento”. Además, se hizo referencia a la sentencia número 36-1986 en la que el Tribunal Constitucional Español indicó que “(...) los trámites formales no deben ser exigencias cuyo incumplimiento presente siempre el mismo valor obstativo que operaría con independencia, en principio, de cuál sea el grado de inobservancia del requisito, su trascendencia práctica o las circunstancias concurrentes en el caso. Al contrario, han de analizarse teniendo presente la finalidad que pretende lograrse con ellos para, de existir defectos, procederse a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del derecho mismo, medida en función de la quiebra de la finalidad última que el requisito formal pretendía servir. De esta suerte cuando esa finalidad puede ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, debe procederse a la subsanación del defecto, más que a eliminar los derechos o facultades que se vinculan a su cauce formal, lo que, con mayor razón, debe sostenerse cuando el efecto que pueda producir la inobservancia de un requisito formal sea precisamente el cierre de la vía de recurso. Esta interpretación finalista y su corolario, la proporcionalidad entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto, no es sino una consecuencia más de la necesaria interpretación de la legalidad ordinaria en el sentido más favorable a la efectividad de un derecho fundamental”.

En la sentencia número **13205-2005** que resolvió un recurso de amparo interpuesto por un funcionario que alegaba que fue despedido de su puesto de trabajo en una empresa privado por padecer de un cáncer en el sistema linfático. Al respecto, para desarrollar el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 33 de la Constitución Política en el ámbito de las relaciones laborales los jueces constitucionales hicieron referencia expresa a una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Español en las que desarrollo los criterios de la carga de la prueba por discriminación en los procesos laborales de despido. En tal sentido se citaron las sentencias números STC 17/2005 y STC 171/2003 en la que se determinó:

“La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, FFJJ 2 y 3), finalidad en orden a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”.

Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, añadíamos, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales —lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989)—, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (reflejan estos criterios las SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 21/1992, 85/1995 y 136/1996, así como también las SSTC 38/1986, 166/1988, 135/1990, 7/1993 y 17/1996). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, FJ 1; 136/1996, FJ 4, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 ó 17/1996)”.

Lo anterior, tuvo incidencia en la tesis asumida por la Sala Constitucional, pues determinó que prima fase, el amparado que alega discriminación laboral debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente concreta y precisa, en torno a los indicios de que ha existido tal violación al derecho a la igualdad. En el caso en concreto, el recurso de amparado fue estimado pues se determinó que el despido del recurrente se debió a su enfermedad vulnerando con ello el derecho a la salud, el principio de no discriminación y el derecho al trabajo y el principio de la dignidad humana, reconocidos en los numerales 21, 33 y 56 constitucionales.

Por último en el voto número **7391-2012**, los jueces constitucionales estimaron un recurso de amparo en contra de un medio de comunicación por haber difundido fotografías personales de contenido sexual de un Diputado –en ese entonces-. En la motivación se llevó a cabo un amplio desarrollo del derecho a la intimidad como límite a la libertad de expresión haciendo referencia a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como del Tribunal Constitucional Español. En relación a éste última citó la sentencia número STC 9/2007 en relación a que la libertad de expresión debe respetar los derechos la intimidad y al honor de las personas. Además, se hizo una amplia referencia a la sentencia STC 12/2012 en la que determinó que los derechos a la intimidad y la propia imagen constituyen límites externos al correcto ejercicio de la libertad de información.

3.5. El Consejo Constitucional Francés.

En el repertorio jurisprudencial analizado, la sentencia número 12790-2010 es de particular interés en la presente investigación,

pues la Sala Constitucional reconoció un derecho fundamental utilizando el derecho comparado. En este sentido el derecho de acceso a Internet fue reconocido como un derecho fundamental utilizando como fundamento una resolución del *Conseil Constitutionnel*. En su motivación se citó la sentencia 2009-580 DC de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional Francés que reputó como un derecho básico el acceso a internet, al desprenderlo, directamente, del artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Lo anterior, al sostener lo siguiente: “Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios; (...)”. Lo anterior, tuvo un peso en el reconocimiento de ese derecho fundamental y en la ratio decidendi pues la Sala Constitucional determinó que el retardo verificado en la apertura del mercado de las telecomunicaciones ha quebrantado no solo el derecho consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política sino que, además, ha incidido en el ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales como la libertad de elección de los consumidores consagrada en el artículo 46, párrafo in fine, constitucional, el

derecho de acceso a las nuevas tecnologías de la información, el derecho a la igualdad y la erradicación de la brecha digital (info-exclusión) –artículo 33 constitucional-, el derecho de acceder a la internet por la interfase que elija el consumidor o usuario y la libertad empresarial y de comercio.

3.6 La Corte Constitucional Colombiana.

En relación a ésta jurisdicción se van analizar seis sentencias en las que la Sala Constitucional hizo referencia expresa a sus fallos. En la sentencia número **4808-2010** que resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 9.1, inciso a) del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social que prohibía en nuestro ordenamiento la pensión por viudez, salvo en aquellos casos en donde el cónyuge supérstite haya dependido económicamente del causante. En relación a la finalidad de la pensión por viudez indicó que: “el importe de la pensión pretende sustituir la ayuda que el fallecido otorgaba a las personas que de él dependían, sean o no cónyuges, de manera que no queden en una situación de indigencia”.⁴¹ Además, los jueces constitucionales para reformar esa tesis hacen referencia a las sentencias C 184/1990, de 15 de noviembre de 1990, sentencia C-336 de abril 16 de 2008 y C-556/09 de 20 de agosto de 2009, en donde la Corte Constitucional Colombiana destacó la importancia de la pensión por viudez, la cual corresponde una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales,

entre ellos el de solidaridad que lleva a brindar estabilidad económica y social a los allegados al causante. En virtud de lo anterior, la Sala Constitucional declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta en tanto se interprete conforme al Derecho de la Constitución y se entienda que la dependencia económica del cónyuge supérstite a que se refiere el artículo 9, párrafo primero, inciso a), del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social no es absoluta o total, sino basta con que el interesado demuestre que el fallecido realizaba alguna aportación económica para la manutención de los gastos del núcleo familiar.

Por otra parte, en el voto número **17907-2010** que resolvió una consulta judicial facultativa formulada por un juzgado penal en relación a la constitucionalidad de los artículos 204 bis y 304 del Código Procesal Penal. En el análisis de la constitucionalidad del último de los artículos la Sala determinó que se resulta legítimo que se prorrogue o acuerde la protección al testigo o víctima, en la resolución que admite la prueba para el juicio. No obstante, ya propiamente en la fase de debate, únicamente cabría aplicar la protección extraprocesal, porque de lo contrario se desconocería en forma absoluta el ejercicio del derecho de defensa, dejándolo sin su contenido esencial. A manera de ilustración y para reforzar su tesis en la resolución se cita la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, número C-392-00, que declaró inconstitucionales normas que permitían la utilización de testigos

41 Sala Constitucional, sentencia número 378-2001.

anónimos en el proceso, en donde se parte de razonamientos similares a los que aquí se utilizan: “Es evidente que cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicato se mengua de manera protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad”.

En la sentencia número 6805-2011 los jueces constitucionales declararon inconstitucional el artículo 131.K de la Ley de Tránsito número 7331, en cuanto a que el monto de la multa que se impone por el no uso del cinturón de seguridad no se ajusta a los parámetros de proporcionalidad. En la motivación de la sentencia se hace referencia a los elementos que conforman el Estado Social y Democrático de Derecho y de la noción de mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna, aspectos que han sido desarrollados en su jurisprudencia por la Corte Constitucional Colombiana; en la resolución en cuestión se indicó:

“En un verdadero Estado social y democrático de Derecho no es suficiente con que los indicadores macroeconómicos respondan a los estándares internacionales aceptados – ello es una condición necesaria pero no suficiente-, sino que es indispensable garantizar una efectiva distribución del ingreso, de tal forma que día a día se construya una sociedad cada vez más igualitaria, libre y eficiente. La igualdad real, al igual que la libertad y la eficiencia

económica, es un valor constitucional que está presente en el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas). De ahí que fieles a esta máxima los Tribunales Constitucionales han abogado por garantizar un mínimo vital a todos los habitantes del Estado. La noción de mínimo vital puede ser calificada como una de las creaciones más importantes en materia de protección de derechos humanos. El mínimo vital, que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna, cumple una función múltiple, juega “(...) el papel de derecho fundamental, de criterio para establecer la fundamentalidad de derechos prestacionales, de condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y de condición de procedibilidad de la acción de tutela”. Esta herramienta de protección de derechos fundamentales se ha materializado en un sinnúmero de sentencias de la Corte Constitucional colombiana referentes a temas como remuneración laboral, salud, indigentes y secuestrados, procedibilidad de la tutela y carga de la prueba, entre otros temas. Verbigracia: Pese a que el reconocimiento de pensiones y el pago oportuno de las mismas cuenta con acciones propias para su exigibilidad, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio en los casos en que una persona de la tercera edad dependa de una pensión para su subsistencia, o que cualquier persona en circunstancias de debilidad manifiesta requiera de la seguridad social o del reconocimiento de la pensión para su subsistencia. Igual razonamiento

se realiza respecto al pago de salarios y cesantías, en que se concede la protección a través de la acción de tutela, en la medida en que sea la única fuente de ingreso de la persona, y el no pago o la mora en el mismo pueda afectar el mínimo vital. Asimismo, la protección del mínimo vital ha conducido a determinar, por vía de tutela, la obligación de entidades financieras en liquidación de devolver los ahorros de una persona de la tercera edad a quien se le afecta su mínimo vital, considerando que las normas de derechos humanos están por encima de aquellas que regulan el régimen financiero. Incluso, se ha determinado que la protección del mínimo vital prevalece sobre las obligaciones legales concordatarias y sobre la prelación de créditos comerciales en caso de que se amenace el pago de mesadas mensuales (Sentencia N° SU-1023/2001, dictada por la Corte Constitucional de Colombia)”.

Lo anterior tuvo influencia en la decisión que tomó la Sala Constitucional pues determinó que el monto de la multa impuesta en el citado numeral, el cual superaba el salario mínimo, era excesivo y lesionaba principios cardinales del Estado Social y Democrático de Derecho, entre ellos: igualdad, proporcionalidad, razonabilidad y se amenaza y afecta el mínimo vital de la persona.

En la sentencia número **471-2012** que declaró inconstitucional la multa económica impuesta por artículo 131 inciso b) de la Ley de Tránsito número 7331 se hizo referencia a una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y de la Corte Constitucional en relación al principio de razonabilidad. En relación á esta última

jurisdicción se citó la sentencia 530-93 que definió el principio de razonabilidad como sinónimo de justicia y equidad, la resolución No T-260-93 que lo ha reconocido incluso como un límite de la conducta pública y la sentencia T-452-95 en la que se le consideró incluso como un límite para el Poder Legislativo cuando se impone restricciones a los derechos fundamentales.

Por otra parte, en la sentencia número **4620-2012** la Sala Constitucional estimó un recurso de amparo y prohibió a una empresa privada la realización de un evento denominado “Pamplona y Más” no incluya ningún tipo de actividad relacionada con corridas de toros al estilo Pamplona. En la motivación de la sentencia se desarrolla ampliamente el tema de la protección de los animales y la dignidad humana. Sobre esto último se cita la sentencia C-666/10 en la que la Corte Constitucional Colombiana desarrolla y profundiza el concepto de dignidad humana y su estrecha relación con la protección de los animales.

En la sentencia número 13824-2013 la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por una funcionaria policial en virtud de que las autoridades de la Fuerza Pública no le permitían ejercer la hora de lactancia, lo cual es un derecho constitucional. En la motivación de la sentencia se hace referencia a la sentencia T-098 de 1994 en la que la Corte Constitucional de Colombia en la resolución de un caso de discriminación contra una mujer dio una definición de lo que se entiende por acto discriminatorio. Esa jurisprudencia fue utilizada para mayor abundamiento, pues sobre ese principio existe una vasta jurisprudencia. Por último, en la sentencia número 17305-2013 la Sala

Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo por la vulneración al derecho de participación ciudadana en virtud de que a la recurrente no se le dio la palabra a pesar de que lo solicitó en la audiencia pública que llevó a cabo la Secretaría Técnica Nacional (SETENA) en el expediente relacionado con el proyecto de la Nueva Terminal de Contenedores de puerto Moín. En la parte considerativa se hace referencia al principio de democracia participativa que se desarrolló en la sentencia número C-180 de 1994 por la Corte Constitucional Colombiana.

4. La utilización precedentes extranjeros en notas separadas y votos particulares de la Sala Constitucional.

En el presente estudio se constata como los jueces constitucionales en la fundamentación de sus notas o votos particulares recurrente a jurisprudencia constitucional extranjera.⁴² Al respecto, se analizarán una serie de notas y votos salvados de minoría en las que se constata la utilización de derecho comparado. El primera caso de gran interés en el presente estudio es el voto salvado del Magistrado Castillo Víquez en la sentencia número 2010-13719 que declaró sin lugar un recurso de amparo interpuesto contra un periódico de circulación nacional en donde hace referencia expresa a una serie de fallos *Roth v. US*, *Albert v. California*, *Miller v. California* y *Paris Adult Theater I. v. Slaton* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los que se excluye el material obsceno de la protección de la libertad de

expresión. Asimismo, el Magistrado Castrillo Víquez en el voto salvado emitido en la sentencia número 2012-6863 hizo referencia a la STC 55/1996 del Tribunal Constitucional Español en la que desarrolló el principio de razonabilidad para fundamentar que el monto de la multa impuesta por conducir utilizando teléfono móvil o cualquier otro medio o sistema de comunicación era en su criterio desproporcional.

Por otra parte, se acredita que los jueces constitucionales en algunas notas separadas o adicionales con cierta frecuencia recurrente a jurisprudencia constitucional extranjera en la fundamentación de sus razonamientos. Al respecto, en la sentencia número 2011-13800 que declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la normativa reglamentaria que impedía la visita íntima en un centro penal a personas del mismo sexo. En la nota en la que expuso razones adicionales, el Magistrado Cruz Castro citó la sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, dictada por la Sala Segunda de dicho Tribunal, el 14 de marzo de 1972 en la que se consideró que la ausencia de una ley que regulara la ejecución de las penas era una grave omisión que debía remediar el Parlamento dentro de un plazo razonable y consideró que se vulneró el apartado primero del artículo cinco de la Ley Federal, que prevé la libertad de expresión, porque no "...existe ninguna ley que les autorice a los órganos del Estado a retener cartas a causa de su contenido ofensivo, y del cual

⁴² En el sistema de justicia constitucional italiano no se permite a los jueces de la Corte Costituzionale emitir votos particulares pues las sentencias deben emitidas de forma unánime, sobre el tema se puede consultar ZAGREBELSKY Gustavo. *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Ed. Einaudi, Torino, 2005. Por otra parte, existe una sector de la doctrina italiana favorable a la posibilidad de permitir a los jueces constitucionales votos particular, en particular PANIZZA, Saule *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*. Ed. Torino, Giappichelli, 1998,

hayan tenido conocimiento con ocasión de un simple control, que tiene ante todo la finalidad de evitar la huida de los prisioneros o la comisión de acciones criminales”. Así el Tribunal Constitucional Alemán determinó que esas medidas no son indispensables para la preservación y el cumplimiento de la pena. Con fundamento en lo anterior, el juez constitucional indicó que *“el artículo 66 del reglamento penitenciario, Decreto Ejecutivo es una disposición que impone una restricción a los derechos fundamentales de los internos, cuyo contenido no es indispensable para la preservación y el cumplimiento de la pena, por esta razón estimo que no sólo se contraviene el principio de reserva legal, sino que es una disposición que conculca la dignidad y la libertad de las personas que tienen otras preferencias sexuales, tal como se expone en el voto de mayoría”*.

En la sentencia número **6247-2013** que declaró como arbitrario y violatorio del Derecho a la Constitución la destitución de un Magistrado Constitucional por parte de la Asamblea Legislativa, el Magistrado suplente Ulate Chacón y otros suscribió una nota separada en la que hizo referencia al histórico caso Marbury vs. Madison del 24 de febrero de 1803 de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en particular para fundamentar la importancia de la independencia judicial. En tal sentido, citó un extracto de la célebre sentencia:

“¿Para qué serviría que un juez jurara cumplir sus funciones “de conformidad con la Constitución...” si la constitución no fuese una norma que guiase su tarea jurisdiccional, o le estuviese vedada y no pudiese consultarla y servirse de ella? Si ello fuese realmente así, sería más dramático que una solemne

burla. Imponer o prestar este juramento sería igualmente un delito...”

Además, se citó la histórica sentencia de la Corte Suprema para reafirmar la posibilidad que tiene un Magistrado Constitucional ante una actuación arbitraria de que se le brinde una tutela jurisdiccional y el legislador no puede modificar una obligación constitucional, y mucho menos derogar un derecho, como el de la reelección automática, habiendo transcurrido el plazo del mandato de nombramiento del magistrado. Lo anterior evidencia como en la motivación de notas separadas y votos particulares los jueces constitucionales recurren cada vez con mayor frecuencia al derecho comparado y en particular a jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales.

5. La utilización de jurisprudencia de la Sala Constitucional por la Corte Constitucional Colombiana.

En el presente *apéndice* se analizará como sentencias de la Sala Constitucional han sido utilizadas por otras jurisdicciones de la región. Ello es fundamental a fin de determinar si se puede establecer la existencia de un diálogo judicial de carácter horizontal con otras jurisdicciones constitucionales.

Al respecto, resulta de particular interés la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana, pues en algunas sentencias encontramos como en su motivación existe un apartado de derecho comparado en donde hace referencia sentencias de otros órganos de justicia constitucional de América Latina, Europa y otras regiones. Por otra parte, en su vasta jurisprudencia encontramos dos sentencias en las que cita expresamente a criterios o sentencias emitidas por la Sala

Constitucional. En la sentencia número **C-750/08** se hizo referencia a como a través de la resolución de una serie de consultas legislativa la Sala Constitucional llevó a cabo un control previo de constitucionalidad sobre el acuerdo de libre comercio celebrado con los Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana.

Por otra parte, resulta de particular interés la sentencia número **T-740/11**, pues en su motivación la Corte Constitucional Colombiana hizo referencia en un apartado de derecho comparado a una serie de sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, en particular a los votos número 11045-2011 y 04394; 13326, 9629, todos del 2012, en lo que han reconocido el agua potable como un derecho fundamental a pesar de que este no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, pues se deriva de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la vivienda digna, entre otros. Además, la resolución indica como la jurisprudencia de la Sala Constitucional establece que para la suspensión del servicio deben cumplirse dos requisitos, a saber: a) informar previamente al usuario sobre la deuda que tiene en mora con la institución b) instalar una fuente de agua pública en las cercanías del inmueble al que se le cortó el servicio. Los mencionados requisitos buscan que el usuario no quede en una situación tal que no pueda cubrir sus necesidades básicas, debido a la falta de suministro de agua potable, pues busca dar una nueva oportunidad de pago en condiciones más favorables al deudor y en caso de que este no tenga los recursos necesarios para saldar la suma adeudada siempre podrá contar con una fuente pública que brinde el “*suministro urgente de agua*”. En sentido similar hace referencia a la

sentencia 6546 de 2006 en la que el Tribunal Constitucional de Perú reconoce al derecho al agua como un derecho constitucional y normativa constitucional de Ecuador y Bolivia que le otorgan ese carácter. Lo anterior, fue gran importancia para el reconocimiento del agua potable como un derecho fundamental y las obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua.

En la parte resolutive de la sentencia, la Corte Constitucional ordenó: “Primero.- Levantar la suspensión del término decretado para decidir el presente asunto. Segundo.- Conceder la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) por los motivos expuestos en esta sentencia. Tercero.- Ordenar a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII: (i) Restablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante, (ii) Revisar los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda (iii) Instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua. Cuarto.- Ordenar al municipio de Guarne (Antioquia) asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado a la señora María

Isabel Ortiz y su grupo familiar como garantía mínima del recurso hábrico”.

6. El diálogo judicial como mecanismo para la formación y consolidación de un derecho constitucional global.

El diálogo encuentra sus raíces en la palabra latín *dialogus*. Es, ante todo, una “conversación entre dos o varias personas”. De esto, se deduce de manera bastante evidente – aunque es importante recordarlo con vehemencia – que el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como al acuerdo. Sobre todo, el diálogo puede ser *tri* o *multidimensional*: el diálogo judicial no se manifiesta únicamente en el marco de un dúo o un tándem jurisdiccional. Se enriquece de las interacciones entre varios actores jurisdiccionales.

La utilización del método comparado como criterio de interpretación en el ámbito de la protección multinivel de los derechos humanos es uno de los instrumentos más valiosos, y científicamente demostrados, para acrecentar ese diálogo jurisprudencial, el cual se verifica con el recurso que las Cortes hacen del derecho extranjero y la comparación. El diálogo entre Cortes viene utilizado cada vez que en una sentencia se encuentran referencias -explícitas o implícitas- a sentencias provenientes de un ordenamiento diverso de aquel en que opera un determinado juez. En esta materia se

debe distinguir entre el «diálogo vertical» y el «diálogo horizontal».

En el ámbito de la justicia constitucional la comparación es sumamente valiosa en la medida en que facilita la comprensión de principios, derechos y valores comunes presentes en la mayoría de textos constitucionales donde existen auténticos catálogos de derechos fundamentales – bill of rights- que deben ser interpretados, máxime si estamos en presencia de conceptos jurídicos indeterminados. En América Latina se constata la apertura de Cortes o Tribunales Constitucionales, en particular la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y la Suprema Corte de la Nación en México en la utilización del derecho comparado,⁴³ en particular a través de la referencia expresa en sus sentencias a jurisprudencia de otros órganos de justicia constitucional de la región. Ese fenómeno se enriquece cuando esa interacción adquiere un carácter bilateral o multilateral entre jurisdicciones constitucionales pues ello es un requisito indispensable para poder establecer la existencia de un judicial dialogue que tiene como finalidad la creación de estándares mínimos de protección en América Latina.⁴⁴

En la actualidad, existen una serie de factores extra-jurídicos que potencian ese «constitucionalismo en red»,⁴⁵ en particular los avances tecnológicos permiten el acceso y la circulación de las sentencias. Además, la realización de seminarios

43 En ese sentido se pueden consultar las siguientes investigaciones: ÁLVAREZ TOLEDO Daniel. *La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México*. En curso de publicación.

44 MIRANDA BONILLA Haideer. *La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*, op cit. p. 574.

45 BUSTOS GISBERT Rafael. *La Constitución Red: Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*. Ed, IVAP, España, 2005.

conferencias y encuentros entre Corte y Tribunales Constitucionales son gran utilidad para el intercambio de experiencias. Como ejemplo de ésta iniciativa, se puede citar, la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, así como la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, la cual se instituyó desde el mes de noviembre de 2005 y actualmente está conformada por 22 miembros.⁴⁶ En este sentido, es común la firma de acuerdos de colaboración para el intercambio de jurisprudencia, doctrina, acceso a bases de datos y programas de pasantías para los asistentes o letrados entre los diferentes Cortes o Tribunales Constitucionales. La importancia que ha asumido el método comparado se ve incluso reflejada en como algunas jurisdicciones constitucionales tienen un departamento que se encarga de realizar investigaciones de derecho comparado y de supervisar los fallos más relevantes de otras jurisdicciones constitucionales y convencionales.

7. Conclusiones.

El presente estudio evidencia como la Sala Constitucional en el ejercicio de sus funciones muestra una apertura cada vez mayor al derecho comparado que se constata en la utilización de jurisprudencia constitucional extranjera en sus sentencias. En los primeros años de funciones de 1989 a 1992 encontramos referencia explícita a sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Español. Posteriormente ese espectro se amplía a otras jurisdicciones constitucionales de gran prestigio como la Corte Constitucional

Italiana, el Consejo Constitucional Francés y la Corte Constitucional Colombiana.

La utilización de sentencias de otros órganos de justicia constitucional por la Sala Constitucional se constituye en un útil recurso que ha sido utilizado para resolver casos relacionados con temas complejos, que en su momento han tenido grandes repercusiones en el país. En el presente estudio se analizaron 21 sentencias en las que la Sala Constitucional citó jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales, sin que esas sean las únicas resoluciones en donde ha utilizado el derecho comparado. Además se evidencia como en la motivación de notas y votos particulares los jueces constitucionales recurren al derecho comparado.

La influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos fue fundamental en la histórica sentencia número 1739-1992 que desarrolló los elementos que informan las garantías del debido proceso que en nuestro ordenamiento se deriva de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. Por otra parte, en la construcción y reconocimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y de la dignidad humana se hizo referencia a jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Americana, el Tribunal Federal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana. En el ámbito del derecho procesal constitucional vimos como la amplia tipología de sentencias desarrolladas por la Corte Constitucional Italiana y en particular la temática referida a

46 <http://www.cijc.org>

las “sentencias exhortativas” fue utilizada en la sentencia número 11352-2010 en donde la Sala Constitucional le otorgó un plazo de 36 meses a la Asamblea Legislativa para que realice la reforma parcial a la Constitución Política y la reforma a su Reglamento para incorporar el deber de probidad como una causal de cancelación de credencial y otras sanciones, lo cual a pesar de que han transcurrido más de 5 años no ha sido cumplido.

Además, resulta de particular interés la sentencia número 12790-2010 en la que la Sala Constitucional reconoció el derecho de acceso a internet como un derecho fundamental utilizando como fundamento la sentencia n. 2009-580 DC del 10 de junio de 2009 emitida por el *Conseil Constitutionnel* y una serie de principios que se derivan de nuestro texto constitucional. Ello es de trascendental importancia pues es la primera resolución que reconoce un derecho fundamental utilizando el método comparado, en particular una sentencia de otro órgano de justicia constitucional. Nótese que posteriormente la Asamblea General de las Naciones Unidas en la sesión del 16 de mayo del 2011 declaró el derecho a internet como un derecho humano. Lo anterior con base en el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en el que se indicó que internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también forma parte de sus derechos humanos y promueve el acceso de la sociedad en su conjunto, acceso que debe mantenerse especialmente en momentos políticos clave como elecciones, tiempos de intranquilidad social o aniversarios históricos y políticos.

Por otra parte, la jurisdicción constitucional se ha nutrido de sentencias de la Corte Constitucional Colombiana para destacar la importancia de la pensión por viudez, la protección al testigo o víctima en los procesos penales, la noción del mínimo vital que es el derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna en relación a la proporcionalidad de los montos de las multas de tránsito, una definición de acto discriminatorio y del principio de principio de democracia participativa, las cuales tuvieron incidencia en el proceso decisional al que se llegó. Por otra parte, se evidencia el fenómeno inverso, es decir, como la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido utilizada por otras jurisdicciones constitucionales, en particular por la Corte Constitucional Colombiana, lo que demuestra el surgimiento de un diálogo judicial constitucional en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, el cual tiene como finalidad la creación de un derecho constitucional latinoamericano y global conformado por estándares mínimos de protección a favor de la persona.

8. Bibliografía.

BOGDANDY Armin Von, FERRER MAC-GREGOR Eduardo, MORALES ANTONIAZZI Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas, México 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*. Editorial Il Mulino, Bologna, 1998.

DE VERGOTTINI Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*, Bologna. Editorial Il Mulino, Bologna, 2010.

FERRER MAC GREGOR Eduardo, HERRERA GARCÍA Alfonso (Coords). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GROPPI Tania. *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, p. 200. En *Revista Quaderni Costituzionali*, número 11, Editorial Il Mulino, Bologna, 2011.

HERNÁNDEZ VALLE Rubén. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Juricentro, San José, 2014.

-*L'utilizzazione della giurisprudenza della Corte Americana dei diritti dell'uomo da parte dei Tribunali Supremi e dei Tribunali Costituzionali dell'America Latina*. En ROLLA Giancarlo (coord). *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*. Ed. Giuffrè, Milano, 2010.

- *La Corte Constitucional Italiana*. *Revista Judicial* número 120, noviembre 2016, Corte Suprema de Justicia.

MARTINICO Giuseppe. *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*. Ed. Jovene, Napoli, 2009.

MIRANDA BONILLA Haideer. *Derechos Fundamentales en América Latina*. Ed. Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2015.

-*La tutela multinivel de los derechos fundamentales y el diálogo entre Cortes en América Latina*. En BARRIOS GONZÁLEZ Boris y BARRIOS CHAVÉS Luris (coords) *El Constitucionalismo de los Derechos*. Ed. Boris & Barrios, 2014, Panamá, pp. 565 ss.

- *El diálogo entre Cortes en el espacio convencional en Europa: algunas cuestiones actuales*. En VELANDÍA CANOSA Eduardo Andres (Coord). *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. VC Editores. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Universidad Santo Tomás de Aquino, Seccional Tunja, 2015.

PEGORARO Lucio. *Giustizia costituzionale comparata*. Editorial Giappichelli, Turín, 2007.

- *La Corte Costituzionale italiana e il diritto comparato. Un'analisi comparatistica*. CLUEB, 2006.

-*Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*. Editorial Giappichelli, Turín, 2015.

PERTICI Andrea NAVARRETTA Emanuella. *Il dialogo fra le Corti: principi e modelli di argomentazione*. Ed. Edizioni Plus, Università di Pisa, 2004.

PIZZORUSO Alessandro. *La produzione normativa nei tempi della globalizzazione*. Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

ZAGREBELSKY Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Editorial Il Mulino, Bologna, 2008.