

¿CONSTITUCIONALISMO GLOBAL? VICISITUDES Y CONTINGENCIAS DEL PROCESO A PARTIR DE ALGUNAS EXPERIENCIAS EN AMÉRICA LATINA

GLOBAL CONSTITUTIONALISM?
DIFFICULTIES AND CONTINGENCIES IN THE
PROCESS, BASED ON SEVERAL EXPERIENCES
IN LATIN AMERICA

CONSTITUCIONALISMO GLOBAL?
VICISSITUDES E CONTINGÊNCIAS DO PROCESSO
A PARTIR DE ALGUMAS EXPERIÊNCIAS NA
AMÉRICA LATINA

CLAUDIA ESCOBAR-GARCÍA*

* Abogada y filósofa (c) de la Pontificia Universidad Javeriana. Investigadora y docente de la misma institución y de las universidades Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador), UEES (Guayaquil, Ecuador), De los Hemisferios (Quito, Ecuador), San Carlos de Guatemala (Ciudad de Guatemala, Guatemala), y La Sabana (Bogotá, Colombia). Consultora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador y de la Corte Constitucional del mismo país.



Universidad de
La Sabana

RECIBIDO: ABRIL 03 DE 2012, APROBADO: JULIO 17 DE 2012

RESUMEN

A partir de ejemplos concretos extraídos del constitucionalismo colombiano y ecuatoriano, el presente artículo indica y desarrolla algunas dificultades de la globalización del derecho constitucional, así como las limitaciones explicativas de los discursos teóricos convencionales sobre este fenómeno. Con tal propósito, se señalan tres rasgos: de un lado, su marcado carácter artificial, pues tras la fachada de un fluido y profundo proceso de intercambio jurídico se encuentra un distanciamiento material entre los órdenes constitucionales; de otro lado, su condición fragmentaria y desestructurada, en cuanto las dinámicas de aproximación fluctúan según variables y factores fortuitos e indeterminados que impiden hacer una caracterización uniforme y homogénea; y finalmente, la existencia de amplias y profundas dificultades en la selección y comprensión de los referentes que se utilizan en las dinámicas de aproximación.

PALABRAS CLAVE

Globalización, transconstitucionalismo, constitucionalismo colombiano, constitucionalismo ecuatoriano, intercambio jurídico.

ABSTRACT

Using specific examples of Colombian and Ecuadorian constitutionalism, this article indicates and delves into some of the difficulties posed by the globalization of constitutional law, as well as the explanatory limitations of conventional theoretical discourse on this phenomenon. Three characteristics are identified to that end. The first is its distinctly artificial nature. Behind the facade of a fluid and profound process of legal exchange lies a material rift between constitutional orders. Secondly, its fragmented and unstructured condition in terms of the dynamics of approximation, which fluctuate according to fortuitous and undetermined variables and factors, prevents any sort of uniform and homogeneous characterization. Finally, broad and profound difficulties exist in selecting and understanding the references that are used in the dynamics of approximation.

KEY WORDS

Globalization, transconstitutionalism, Colombian constitutionalism, Ecuadoran constitutionalism, legal exchange.

RESUMO

A partir de exemplos concretos extraídos do constitucionalismo colombiano e equatoriano, o presente artigo indica e desenvolve algumas dificuldades da globalização do direito constitucional, assim como as limitações explicativas dos discursos teóricos convencionais sobre esse fenômeno. Com tal propósito, assinalam-se três características: por um lado, seu marcado caráter artificial, uma vez que, atrás da fachada de um fluente e profundo processo de intercâmbio jurídico, se encontra um distanciamento material entre as ordens constitucionais; por outro lado, sua condição fragmentar e desestruturada, quanto às dinâmicas de aproximação que flutuam segundo variáveis e fatores fortuitos e indeterminados que impedem fazer uma caracterização uniforme e homogênea; e, finalmente, a existência de amplas e profundas dificuldades na seleção e compreensão dos referentes que se utilizam nas dinâmicas de aproximação.

PALAVRAS-CHAVE

globalização, transconstitucionalismo, constitucionalismo colombiano, constitucionalismo equatoriano, intercâmbio jurídico.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA CONVERGENCIA RETÓRICA. LOS NEXOS ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y COLOMBIANO FRENTE AL CONTROL JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, Y ENTRE ESTE Y LOS INSTRUMENTOS DE LOS SISTEMAS MUNDIAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS; 1.1. LA APROXIMACIÓN ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y COLOMBIANO FRENTE AL CONTROL JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN; 1.2. LAS CITACIONES RETÓRICAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA DE LOS INSTRUMENTOS DE LOS SISTEMAS MUNDIAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS; 2. LAS ASIMETRÍAS DE LA GLOBALIZACIÓN; 3. LAS DIFICULTADES EN LA SELECCIÓN Y COMPRENSIÓN DE LOS MODELOS O REFERENTES DEL INTERCAMBIO; 3.1. LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE EL ABORTO; 3.2. LA PONDERACIÓN Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA; 4. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La literatura jurídica contemporánea ha llamado la atención sobre la globalización del derecho constitucional poniendo de presente no solo la intensificación de las relaciones entre los ordenamientos, sino también el papel cada vez más determinante de estas interconexiones en su configuración y funcionamiento¹. En este contexto, las reflexiones sobre fenómenos como la citación de jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos en los fallos de jueces nacionales, los diálogos entre cortes constitucionales de distintas latitudes o los intercambios informales entre operadores jurídicos son cada vez más frecuentes, convirtiéndose en una de las temáticas favoritas de la academia. De igual modo, la proliferación de expresiones como “tranconstitucionalismo e interconstitucionalismo”, “diálogos globales y regionales”, “convergencia ascendente, descendente y paralela”, “trasplantes legales”, “sitios de producción y de recepción”, “transjudicialismo” o “nuevo orden jurídico global”, denotan la aceptación y el interés por este fenómeno². Según esta versión de la cuestión, no se trata únicamente de que los sistemas jurídicos deban enfrentar la globalización como proceso económico, político y cultural (bien sea canalizándolo o restringiéndolo), sino que el derecho mismo se ha globalizado.

¹ Sobre la globalización del derecho constitucional, cfr. Mark TUSHNET, “The inevitable globalization of constitutional law”, en *Virginia Journal of International Law* 9-6 (2009), Hague Institute for the Internationalization of Law, Harvard Public Law Working Paper; David WEISSBRODT, “Globalization of Constitutional Law and Civil Rights”, en *Journal of Legal Education* V-43 (1993); Chang WEN-CHEN, “The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions”, en *Penn State International Law Review* 27.1 (2008), pp. 89-124; Bruce ACKERMAN, “The rise of world constitutionalism”, en *Virginia Law Review* vol. 83-4 (1997), pp. 771-797.

² Sobre estas temáticas cfr. Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004; Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM) e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (IIDC), México D.F., 2010, pp. 403-430, en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2895/13.pdf. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2012.

Sus descripciones convencionales coinciden ampliamente. La primera nota que se le atribuye se refiere al extenso y acentuado acercamiento material entre los sistemas constitucionales, dando lugar a una especie de “orden jurídico global”. Así, tribunales regionales de derechos humanos (como las cortes europea o interamericana) inciden en la producción legislativa y en los criterios interpretativos de los jueces estatales, mediante instituciones y mecanismos como el “bloque de constitucionalidad” o el “control de convencionalidad”³; de igual modo, tanto estos tribunales regionales como los estatales son influidos por el sistema mundial de derechos humanos, no solo a partir de las convenciones y los tratados internacionales, sino también de instrumentos del *soft law*, como las Observaciones Generales o las Recomendaciones de los comités de derechos humanos; aún más, suelen entablarse diálogos e intercambios a nivel legislativo o judicial entre sistemas constitucionales nacionales por medio de los trasplantes legales o las denominadas “referencias cruzadas”⁴. En definitiva, se supone una convergencia y una aproximación entre órdenes constitucionales que implica la adopción de patrones y soluciones comunes frente a las mismas problemáticas, y en últimas, la “estandarización” de los sistemas jurídicos y el nacimiento de un “derecho constitucional global”.

Este fenómeno sería además particularmente amplio y profundo, pues compromete no solo el contenido de las fuentes formales de los ordenamientos jurídicos, sino también las categorías conceptuales, los presupuestos ideológicos, y las prácticas, costumbres y “rutinas” de los operadores jurídicos a partir de las cuales se crea, interpreta y aplica el derecho. En este sentido, la convergencia no solo puede verificarse al contrastar el contenido del derecho legislado o de la jurisprudencia de distintos países, sino que también comprende un componente de tipo cultural, quizás más etéreo y sutil, pero por esto mismo mucho más determinante en el contenido y funcionamiento del constitucionalismo contemporáneo. Así, se encuentran manifestaciones explícitas de la globalización en el derecho positivo, como un catálogo común de derechos en los distintos textos constitucionales, fórmulas relativamente similares para incorporar al derecho interno los estándares del derecho internacional o regional de derechos humanos, o frecuentes citas de precedentes foráneos en la jurisprudencia nacional. Pero también se encuentra un componente de tipo cultural que ha sido alcanzado por esta dinámica: formación académica de jueces y letrados en universidades extranjeras, accesibilidad a la información a través de Internet, conformación de redes académicas transnacionales, e incluso proliferación de eventos académicos regionales y globales, entre otros, ponen de manifiesto esta otra faceta del constitucionalismo global.

Finalmente, esta aproximación extensa y aguda es concebida como un proceso necesario e ineludible al que todo sistema jurídico se encuentra avocado. No es el

³ Néstor Pedro SAGÜES, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, ob. cit., pp. 403-430 en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2895/15.pdf. Fecha de consulta: 10 de marzo de 2012.

⁴ Anne-Marie SLAUGHTER, “Judicial Globalization”, en *Virginia Journal of International Law* 40 (2000) pp. 1103-1124; Anne-Marie SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2004.

resultado de una decisión consciente y deliberada de algunos agentes u operadores jurídicos especialmente interesados en el intercambio, sino la consecuencia inexorable de las dinámicas contemporáneas de producción del derecho. Y por esta misma nota de espontaneidad y naturalidad, la globalización suele ser considerada como un proceso pacífico, armónico y fluido, desprovisto de mayores tropiezos u obstáculos; incluso, en ocasiones la aproximación ocurre de manera inadvertida, como cuando los operadores jurídicos son influidos en su producción jurídica por referentes culturales foráneos. No por casualidad la presentación paradigmática del fenómeno es titulada y caracterizada desde sus inicios como “inevitable”⁵.

Es probable que este entendimiento sea correcto en términos generales. Basta con advertir, por ejemplo, la relativa homogeneidad en los textos constitucionales latinoamericanos en temáticas tan cruciales como el catálogo y el contenido de los derechos fundamentales⁶, los principios que rigen su interpretación y aplicación⁷, y los procesos constitucionales⁸; o la incidencia que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido en la legislación y en la jurisprudencia de los Estados Parte a través del “control de convencionalidad” o de las denominadas “garantías de no repetición” dentro de la reparación integral, que comprende órdenes de creación, reforma, anulación o inaplicación de leyes⁹, e incluso órdenes para variar líneas jurisprudenciales¹⁰; o la recepción legislativa del derecho internacional de los derechos humanos por los sistemas nacionales, a través de la figura del bloque de constitucionalidad¹¹; o la creciente comunicación

⁵ La referencia emblemática es Mark TUSHNET en su artículo “The inevitable globalization of constitutional law”, cit.

⁶ En términos generales, las constituciones latinoamericanas reconocen un amplio catálogo de derechos que comprende los civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los colectivos. Aunque el orden y la clasificación pueden variar de una a otra, el repertorio de derechos reconocidos viene a ser básicamente el mismo. De igual modo, la mayor parte de textos constitucionales reconocen los llamados “derechos innominados”, tal como ocurre con el artículo 33 de la Carta argentina, 3 de la peruana, 35 de la boliviana, 94 de la colombiana, 5 de la chilena y 11.7 de la ecuatoriana.

⁷ Así por ejemplo, existe una evidente coincidencia entre los principios que rigen la interpretación y aplicación de los derechos en las Constituciones ecuatoriana y boliviana respectivamente. El artículo 11.6 de aquella dispone que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; el artículo 13.I de esta última establece que “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos [...] la clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía ni superioridad de unos derechos sobre otros”.

⁸ La consagración de dos tipos de procesos constitucionales es un denominador común en la región. Por un lado, se encuentran las acciones dirigidas a asegurar jurisdiccionalmente los derechos constitucionales mediante procedimientos con un alto nivel de informalidad, apertura y celeridad; se trata en general de las acciones o los recursos de amparo, tutela o protección. Y por otro, acciones encaminadas a asegurar la primacía de la Constitución dentro del sistema jurídico, y especialmente para eliminar y excluir del mismo las disposiciones jurídicas de rango infraconstitucional que sean incompatibles con ella.

⁹ Cfr. Corte IDH, caso *Fermin Ramírez vs Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126; Corte IDH, caso *Caesar vs Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C, núm. 133; Corte IDH, caso *Fermin Ramírez vs Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126.

¹⁰ Corte IDH, caso *Reverón Trujillo vs Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009, Serie C, núm. 197.

¹¹ En América Latina son frecuentes las cláusulas constitucionales que incorporan al derecho interno y confieren valor y jerarquía normativa a ciertos instrumentos internacionales de derecho humanos. Una primera modalidad de “bloque de constitucionalidad” incorpora un catálogo cerrado y determinado de instrumentos, como ocurre con la actual Constitución argentina (art. 75.22); una segunda categoría remite a un catálogo cerrado de instrumentos, pero sin que su determinación se efectúe en el propio texto constitucional, sino que su definición queda en manos de los operadores jurídicos; y finalmente, existen remisiones abiertas a cierto tipo de instrumentos no individualizados, tal como ocurre con las constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008, que remiten directamente a los “tratados internacionales de derechos humanos” e incluso a la categoría abierta de

entre jueces y tribunales de distintos países mediante la citación de precedentes foráneos; o el uso intensivo y creciente del derecho comparado en la producción legislativa; o incluso mecanismos más “difusos” de interacción como los frecuentes eventos académicos que abren espacios para la comunicación entre jueces y letrados de tribunales y cortes, el intercambio informal entre estos, o la conformación de redes académicas transnacionales que inciden directamente en los presupuestos conceptuales y teóricos de los operadores jurídicos. Todas estas son manifestaciones de un amplio y profundo proceso de intercambio.

El objeto de este artículo, por consiguiente, no consiste en cuestionar la validez de este diagnóstico general. Se trata más bien de poner en evidencia la forma en que este tipo de análisis tiende a pasar por alto las complejas dinámicas través de las cuales se materializa y concreta este fenómeno. En particular, se aspira a identificar las limitaciones explicativas de los discursos convencionales que subrayan, quizás de manera excesivamente optimista, el necesario, pacífico y fluido proceso de armonización entre los órdenes constitucionales. Se propone entonces describirlo en sus justas dimensiones, demostrando que no se trata de una evolución lineal e inexorable, sino de tendencias altamente complejas y problemáticas que deben ser identificadas y desentrañadas, para establecer su real dimensión e impacto en el funcionamiento efectivo de los ordenamientos jurídicos.

Con tal propósito, en este artículo se indican y desarrollan tres rasgos de los procesos de intercambio jurídico que no son visibilizados adecuadamente en los discursos estándar.

La primera particularidad se refiere a la relativa artificialidad del acercamiento material entre los sistemas constitucionales. En muchas ocasiones la convergencia es tan solo aparente, y no implica en realidad la adopción de las mismas soluciones frente a las mismas problemáticas. Suele ocurrir, por ejemplo, que los fallos de los tribunales constitucionales contienen profusas y amplias citas de instrumentos normativos del sistema mundial o regional de derechos humanos o de otros sistemas constitucionales estatales, pero sin que esto suponga la adopción de sus reglas o estándares jurisprudenciales; en estos casos tienen más bien un carácter ornamental, pero no producen una aproximación material, real y efectiva.

Para ilustrar esta idea se utilizan dos ejemplos. En primer lugar, se apela a las relaciones entre el constitucionalismo colombiano y ecuatoriano respecto del control judicial de los estados de excepción; se intentará demostrar que la incorporación al derecho ecuatoriano de los estándares legislativos y jurisprudenciales colombianos ha sido hasta cierto punto ficticia al no haber impactado en el contenido de las decisiones o en las prácticas de los operadores constitucionales¹². Y por

“instrumentos internacionales de derechos humanos” (arts. 11, 57, 156, 172, 398, 417, 424, 426, 428); en un sentido similar, aunque más restrictivo, se encuentran las constituciones colombiana (art. 93), chilena (art. 5.2) y boliviana (13.IV).

¹² El desarrollo de este acápite se sustentó en la investigación realizada para el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador sobre el papel del intercambio jurídico en la construcción del constitucionalismo ecuatoriano. Uno de los focos de esta investigación versó sobre los nexos entre la jurisprudencia colombiana y ecuatoriana en esta materia. Al respecto cfr. Claudia ESCOBAR GARCÍA,

otro lado, se muestran las conexiones entre la jurisprudencia colombiana y los instrumentos internacionales de derechos humanos, mostrando en qué sentido la citación ha tenido en algunas ocasiones una función exclusivamente retórica y ornamental, sin tener en realidad ninguna conexión o incidencia en el *holding* de los fallos judiciales.

El segundo rasgo distintivo se refiere al carácter fragmentario y desestructurado de la globalización. Con relativa frecuencia se circunscribe a ciertas áreas temáticas en las que la aproximación resulta menos problemática, se limita a ciertas categorías normativas o fuentes del derecho, o se alteran las dinámicas de recepción por cambios en la integración de los tribunales constitucionales. Aún más, las asimetrías pueden ocurrir por factores casuales y fortuitos, como el nivel de sensibilidad del cuerpo auxiliar de los jueces frente al derecho foráneo, o el contexto político y social en el que se enmarcan las respectivas decisiones judiciales. En cualquiera de estas hipótesis el intercambio jurídico permanece fraccionado y parcializado.

Los vínculos entre el constitucionalismo colombiano y los instrumentos de los sistemas mundial e interamericano de derechos humanos sirven para ejemplificar esta idea. Se identificarán las asimetrías desde el punto de vista temático en la incorporación de los estándares de estos dos sistemas: mientras en algunas materias la Corte colombiana se ha mostrado especialmente receptiva, en otras ha ocurrido exactamente lo contrario. El tipo y la intensidad del intercambio han sido entonces marcadamente heterogéneos.

Finalmente, la tercera especificidad se refiere a las dificultades en la selección y en la comprensión de los referentes o modelos que son utilizados en el intercambio jurídico. En primer lugar, la selección se entorpece al menos por dos razones: por un lado, porque los operadores jurídicos suelen manejar de manera parcializada el derecho comparado, como cuando los jueces eligen únicamente aquellas providencias que legitiman o sustentan la regla jurisprudencial adoptada en el fallo, pero pasando por alto aquellas otras que adoptan una solución divergente o incompatible con aquella; por otro lado, porque la construcción del constitucionalismo global suele fundarse en pre-juicios sobre los sistemas jurídicos que deben servir como “autoridad” en los procesos de intercambio, como cuando jueces latinoamericanos circunscriben su atención a países del primer mundo considerados emblemáticos, pero prescinden de la riqueza de la experiencia constitucional de otras latitudes. Y en segundo lugar, la comprensión de las instituciones foráneas suele ser problemática por los continuos malentendidos y tergiversaciones en la recepción de sus instituciones.

Para desarrollar esta idea se toman dos ejemplos: en primer lugar, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia relativas al aborto, en las que la citación no solo se reduce a las decisiones judiciales extranjeras que respaldan la regla

Transconstitucionalismo y diálogo jurídico, Corte Constitucional del Ecuador – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 72-83.

jurisprudencial sostenida en los respectivos fallos, y de países como Alemania, Estados Unidos o España, sino que además denota un entendimiento limitado y estrecho de estos modelos. Y por otro lado, se contrasta el planteamiento estándar sobre el test de proporcionalidad y sobre la técnica de la ponderación frente a su uso en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana; se intentará demostrar que el uso de estas herramientas argumentativas no solo contiene variaciones y alteraciones significativas frente a la propuesta original, sino que en ocasiones ha sido inadecuado e inconveniente¹³.

A partir de estas reflexiones se extraen algunas conclusiones sobre el alcance del fenómeno de la globalización del derecho constitucional, y sobre las limitaciones descriptivas y explicativas de los discursos tradicionales sobre este proceso, que no visibilizan adecuadamente las vicisitudes de los procesos de intercambio jurídico. Es decir, se propone un modelo conceptual alternativo capaz de identificar sus contornos específicos y sus dificultades.

1. LA CONVERGENCIA RETÓRICA. LOS NEXOS ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y COLOMBIANO FRENTE AL CONTROL JUDICIAL DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN, Y ENTRE ESTE Y LOS INSTRUMENTOS DE LOS SISTEMAS MUNDIAL Y REGIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Una de las grandes dificultades se refiere a la escasa incidencia material de los procesos de aproximación. Puede evidenciarse el gran contraste entre las ostentosas y profundas citaciones del derecho comparado en las providencias judiciales de los jueces constitucionales, frente a su parco y limitado impacto en el contenido de las reglas jurisprudenciales o en la parte resolutive de los fallos. Los operadores jurídicos suelen sentirse satisfechos con esta amplia citación, y los académicos suelen asumir que estas citaciones generan una aproximación y convergencia entre los órdenes jurídicos. Pero en estas hipótesis la aproximación es ficticia. Examinemos dos hipótesis específicas.

1.1. La aproximación entre el constitucionalismo ecuatoriano y colombiano frente al control judicial de los estados de excepción

El caso que se presenta a continuación está encaminado a mostrar que la recepción legislativa de los parámetros jurisprudenciales del constitucionalismo colombiano en Ecuador fue “bloqueada” por la jurisprudencia del juez ecuatoriano que, paradójicamente, parecer servirse de manera recurrente y sistemática de aquel¹⁴.

¹³ El desarrollo de este acápite se sustentó en la investigación realizada para el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, sobre el papel del intercambio jurídico en la construcción del constitucionalismo ecuatoriano. Uno de los focos de esta investigación versó sobre el manejo de las técnicas de la ponderación y del test de razonabilidad en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Al respecto cfr. *ibid.*, pp. 87-100.

¹⁴ Sobre el proceso de recepción de los estándares del derecho colombiano en el constitucionalismo ecuatoriano en materia de control a los estados de excepción, cfr. *ibid.*, pp. 72-83.

En efecto, debido al “éxito” de la Corte colombiana en el control de los estados de excepción en un contexto caracterizado por la laxitud en el uso de esta figura, y por la carencia de controles efectivos para neutralizar los abusos injustificados de poder, a nivel legislativo se incorporaron en Ecuador algunos de los estándares jurisprudenciales colombianos¹⁵.

En primer lugar, la Constitución de 2008 estableció un régimen estricto de los estados de excepción que comprende el reconocimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad y razonabilidad, la adopción de claros e inequívocos límites temporales, y la definición de un amplio catálogo de prohibiciones específicas en materia fiscal y en la restricción y limitación de los derechos fundamentales¹⁶.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) incorporó los parámetros de control utilizados por la Corte colombiana, particularmente los que fueron sistematizados en la sentencia C-802/02 de la Corte Constitucional. Así, los artículos 119 y siguientes de la ley establecen dos tipos de controles: por un lado, los referidos a la declaratoria del estado de excepción, en los que el juez debe verificar la ocurrencia real de los hechos alegados en la declaratoria, que sean constitutivos de agresión, conflicto armado, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural, y que no puedan ser superados mediante el régimen constitucional ordinario. Por otra parte, en cuanto a las medidas dictadas con fundamento en la declaratoria, se debe verificar que se enmarquen dentro del ámbito temporal y espacial fijado en la declaratoria, el respeto a los conocidos principios de necesidad, idoneidad y causalidad, y que no se altere el normal funcionamiento del Estado¹⁷.

A pesar de la incorporación a nivel legislativo de los estándares jurisprudenciales foráneos, su recepción por parte del juez constitucional ecuatoriano ha sido problemática. El resultado ha sido paradójico y ambiguo. Por un lado, es evidente el profundo interés por el constitucionalismo colombiano y, en particular, por la jurisprudencia de su Corte Constitucional; este interés se evidencia en los trasplantes legales antes descritos, en las recurrentes citas jurisprudenciales, y en la “política” de la academia ecuatoriana de tener como referente permanente a la Corte colombiana. Por otro lado, sin embargo, el control judicial real y efectivo

¹⁵ En efecto, la Corte colombiana ha ejercido un control relativamente estricto y riguroso de los estados de excepción, declarando su inconstitucionalidad en numerosas oportunidades, o condicionándola en algunas otras. La eficacia de este control es indiscutible: mientras durante la década de los ochenta Colombia vivió el 80% del tiempo bajo regímenes excepcionales, en la década de los noventa (en la cual entra en vigencia la Constitución de 1991 y con ella el control de la Corte), esta proporción se redujo a un 10%, y entre 1991 y 2002 casi el 55% de las declaratorias fueron considerados inconstitucionales. En los dos últimos años, entre el 2009 y el 15 de abril de 2011, el 81% de los decretos de estados de excepción han sido declarados inexecutable, incluyendo los referidos a la emergencia social en casos de tanta gravedad como el del sistema de salud, o la prórroga de la emergencia por la aguda ola invernal sin precedentes en el país. Sobre el control constitucional de los estados de excepción cfr. Rodrigo UPRIMNY, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos* 4, 6 (2007), pp. 52-69, São Paulo.

¹⁶ Artículo 164 de la Constitución de 2008.

¹⁷ Claudia ESCOBAR GARCÍA, “Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador”, en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, ob. cit.

de los estados de excepción se aleja de las políticas, de las prácticas y de las reglas de su par colombiano. Veamos dos manifestaciones específicas.

La primera de ellas se refiere a la profunda divergencia entre los fallos de uno y otro juez constitucional, a pesar de la indiscutible similitud en el régimen normativo, en los hechos que motivaron las declaratorias de los estados de excepción, y en las medidas adoptadas por el Ejecutivo con fundamento en este. En efecto, mientras que en Ecuador la totalidad de los decretos dictados entre los años 2008 y 2011 han sido declarados constitucionales, en Colombia tan solo el 19% han sido declarados exequibles, y dentro de este rango algunos han sido objeto de una constitucionalidad condicionada¹⁸.

Este contraste no se explica por diferencias de tipo normativo, pues en términos generales la orientación, las directrices y los principios de uno y otro ordenamiento son similares. La única discrepancia significativa se refiere al régimen unitario del estado de excepción en Ecuador, que comprende la agresión, el conflicto armado, la grave conmoción interna, la calamidad pública y el desastre natural, frente al régimen diferenciado en Colombia para la guerra exterior, el estado de conmoción interior y la emergencia social, económica o ecológica. Pero esta divergencia no guarda ninguna conexión con las diferencias decisionales de las dos cortes.

En el mismo sentido, los hechos críticos que han dado lugar a las declaratorias en uno y otro país tampoco parecen tener relación con las diferencias en los fallos de ambos tribunales. Más bien ha ocurrido todo lo contrario: frente a hechos de mayor gravedad, la Corte colombiana ha declarado la inconstitucionalidad de la declaratoria de las medidas respectivas, mientras que el tribunal ecuatoriano ha respaldado meros peligros eventuales o hipotéticos, o frente a problemas similares o de semejante naturaleza y magnitud¹⁹.

Y finalmente, el contraste en el contenido de los fallos tampoco se explica por diferencias en el tipo de medidas adoptadas por cada uno de los gobiernos. En el

¹⁸ Claudia ESCOBAR GARCÍA, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Quito, Nuevo Derecho Ecuatoriano 1, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, pp. 72-83.

¹⁹ A título de ejemplo, entre los años 2009 y 2011 se declaró en ambos países el estado de excepción por crisis en el sistema de salud. En el caso de Colombia, el gobierno advirtió sobre la insostenibilidad financiera del sistema por fenómenos crónicos y endémicos como la distribución inequitativa de los recursos, deudas entre los operadores, insolvencia del ente articulador (Fosyga) e incapacidad de los prestadores del servicio para atender las necesidades de los usuarios, entre otras; la Corte colombiana sostuvo que pese a la gravedad de la problemática, la crisis debía ser canalizada mediante los mecanismos ordinarios del Estado, y particularmente mediante un replanteamiento del modelo del sistema de salud (sentencia C-252/10). En el año 2011 el gobierno ecuatoriano declara el estado de excepción en el sistema de salud por la inoperancia de sus agentes, por irregularidades en su funcionamiento y administración, por la incapacidad para atender las demandas de los ciudadanos, entre otros; en este caso la Corte ecuatoriana se abstuvo de declarar la inconstitucionalidad de la declaratoria. Algo semejante ha ocurrido con los problemas climáticos. La aguda ola invernal ocurrida en el año 2010 en Colombia, dio lugar a una primera declaratoria y a su posterior prórroga; frente a esta última decisión la Corte declaró su inconstitucionalidad argumentando que el gobierno nacional no había cumplido con la carga de demostrar los presupuestos para la extensión temporal del régimen excepcional. Aunque el invierno sufrido en el Ecuador no tuvo las dimensiones del país vecino, el gobierno apeló a la misma figura y la Corte se ha abstenido de declarar la respectiva inconstitucionalidad. Problemáticas cotidianas o incluso peligros hipotéticos, como la eventual proliferación de la gripa AH1N1, la mala gestión y administración de Petroecuador y sus filiales o de algunas represas del país, han sido objeto de un estado de emergencia, y posteriormente validadas por la Corte.

caso ecuatoriano, medidas como la militarización de sectores productivos como Petroecuador y sus filiales, o de algunas hidroeléctricas en el país, o el establecimiento de regímenes excepcionales para la contratación estatal que alteran drásticamente las reglas básicas sobre la división de poderes o que comprometen la transparencia en la administración pública, han sido declaradas constitucionales. Por el contrario, un amplio catálogo de medidas adoptadas en Colombia han sido juzgadas con rigor y declaradas inconstitucionales por la Corte, tales como la asignación de funciones al Consejo de la Judicatura para enfrentar la congestión judicial, la consagración de nuevos tipos penales para evitar e impedir la captación masiva, ilegal y fraudulenta de dineros del público, la adición del Presupuesto General de la Nación, o reformas tributarias para enfrentar la ola invernal o la crisis en el sistema de salud.

Así, pese a la aparente adopción de los estándares jurisprudenciales colombianos en el constitucionalismo ecuatoriano, materialmente se han postulado y utilizado reglas diametralmente opuestas. Examinemos dos ejemplos específicos.

En primer término, cada tribunal ha entendido de modo opuesto la naturaleza de los límites temporales establecidos normativamente para los estados de excepción. Según el artículo 166 de la Constitución de 2008, “el decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta treinta días más”. Por su parte, la Constitución colombiana establece un plazo de 90 días prorrogables hasta por dos periodos iguales para el estado de conmoción interior, y de 30 días para los estados de emergencia, que sumados no pueden superar los 90 días calendario (arts. 2113 y 215 CP). De este modo, en ambos casos existen límites temporales de rango constitucional.

A pesar de lo anterior, el entendimiento de estos plazos ha sido distinto en uno y otro caso. El tribunal ecuatoriano ha concluido que se trata de plazos meramente referenciales. El argumento que se ha esgrimido es que el principio de temporalidad debe ser articulado con el de necesidad, y que por consiguiente, cuando persisten las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, aún vencidos los plazos fijados normativamente, se hace imperativa su prolongación con el fin de superar la crisis subyacente. En este sentido, la Corte ha dicho lo siguiente:

“La declaratoria de un Estado de Excepción debe mantenerse siempre y cuando persista la situación de crisis [...] ¿Qué pasará entonces si la situación de crisis persiste y el tiempo de vigencia del Estado de excepción concluyó? Un razonamiento equivocado nos llevaría a concluir que por lo tanto se requiere de la adopción de otra alternativa que ponga fin a tal situación de anormalidad, pero tal alternativa ha quedado agotada, pues previo a decretar un Estado de Excepción se habrá analizado todas aquellas posibilidades reales para apalea la situación riesgosa o peligrosa. [...] Esto último no es más que aplicar excepcionalmente la medida. [...] Por otro lado, el propio artículo 166 tercer inciso, establece que ‘cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación’, es decir, solo se dará por terminado el Es-

tado de excepción cuando las causas desaparezcan, por el contrario, al no haber desaparecido las causas que originaron el estado de excepción [...], entonces procede dictar uno nuevo”²⁰.

Por el contrario, la Corte colombiana ha entendido que se trata de términos perentorios, incluso cuando no se han superado los problemas que dieron lugar a la declaratoria inicial. Las razones son múltiples: de un lado, el límite temporal se desprende de manera clara e inequívoca del texto constitucional; por otro, la figura debe ser interpretada restrictivamente por alterar las reglas básicas sobre las cuales se erige el estado constitucional de derecho, por amenazar la vigencia y el goce de los derechos fundamentales, y por conferir un amplio haz de atribuciones al Ejecutivo, en detrimento de la necesaria distribución del poder; y finalmente, la prolongación indefinida del estado excepcional equivale a “premiar” la negligencia del poder ejecutivo, quien con una amplia gama de competencias no ataca el origen de la problemática. En tales circunstancias, el tribunal colombiano ha sostenido que cuando fenece el plazo constitucional sin haberse resuelto los problemas que le dieron origen, se debe apelar a los mecanismos ordinarios, como la revisión de la legislación o el diseño y la ejecución de nuevas políticas públicas.

En consecuencia con ello, la Corte colombiana no solo nunca ha declarado la constitucionalidad de prórrogas del estado de excepción por fuera de los plazos constitucionales, sino que además ha sido muy estricta a la hora de evaluarlas, y ha declarado la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas con posterioridad al vencimiento de un estado de excepción, incluso cuando persisten las dificultades iniciales.

Otra divergencia se refiere al tipo de hechos que pueden dar lugar a la declaratoria de un estado de excepción.

La Corte colombiana ha sostenido que las instituciones de la emergencia económica, social y ecológica, y de la conmoción interior no pueden ser utilizadas para enfrentar crisis de tipo sistémico o estructural, sino únicamente para combatir crisis que ocurren de manera intempestiva y por fuera del curso normal de los acontecimientos. Los problemas crónicos o endémicos deben ser canalizados mediante los mecanismos ordinarios del Estado.

Fue precisamente con fundamento en esta regla que en la sentencia C-252/10 la Corte decretó la inexecutable de la declaratoria de emergencia en el sistema de salud. A pesar de la grave situación que hacía insostenible el sistema, sostuvo que por tratarse de un problema endémico, derivado del modelo de salud adoptado en el país, debía ser afrontado a través de reformas normativas y de nuevas políticas públicas.

En contraste, la Corte ecuatoriana ha afirmado que la gravedad de los hechos y la necesidad de medidas especiales constituyen el criterio fundamental para evaluar la constitucionalidad de la declaratoria, con independencia de que se trate de

dificultades estructurales o meramente coyunturales. Así, problemas sistémicos como las deficiencias en la administración de Petroecuador o en el manejo de algunas hidroeléctricas del país, son asimilados a problemas coyunturales como la aparición de la fiebre porcina o la erupción del volcán Tungurahua.

Muchos otros problemas jurídicos han tenido soluciones incompatibles: mientras que la Corte colombiana ha postulado el requisito de especificidad en virtud del cual las medidas adoptadas deben tener por objeto exclusivo la superación de la crisis, la Corte ecuatoriana no lo ha hecho, y ha “avalado” medidas con un objeto más amplio y con efectos secundarios; mientras que la Corte colombiana exige la mención explícita y expresa de la causal que da lugar a la declaratoria del estado de excepción, la Corte ecuatoriana ha considerado que dicha omisión es subsanable; mientras que para esta última es válida la justificación implícita de la declaratoria, para aquella su inexistencia acarrea inexorablemente la inconstitucionalidad del respectivo acto normativo; mientras que en Colombia la Corte exige la determinación del ámbito temporal de la declaratoria, para la Corte ecuatoriana se trata nuevamente de una omisión subsanable; en tanto que para esta no es viable el control de constitucionalidad sobre los decretos cuyo contenido coincide con otro que ya ha sido objeto de control, para aquella toda declaratoria implica un control automático; mientras que en Colombia no es viable el uso de la figura cuando la crisis que la origina es el resultado de la falta de uso de los mecanismos ordinarios del Estado, en Ecuador ocurre lo contrario; mientras que en Colombia no es posible prorrogar el estado de excepción cuando el Gobierno nacional no ha actuado diligentemente en la atención de la crisis que origina la declaratoria inicial, en Ecuador sí lo es; en tanto que en este último se puede declarar el estado de excepción frente a peligros hipotéticos y eventuales, en aquel se requiere de la existencia actual de una crisis; mientras que en Ecuador la Corte se ha abstenido de declarar la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas con posterioridad al vencimiento del estado de excepción, en Colombia la esta Corporación conserva su competencia para ello; mientras que en esta última la Corte se ha valido de criterios técnicos para valorar la idoneidad y eficacia de las medidas adoptadas por el gobierno para afrontar la crisis, en Ecuador la Corte supone de antemano esta idoneidad y eficacia, y en ningún caso realiza un escrutinio técnico; mientras que la Corte colombiana verifica la relación directa de conexidad temática, sistemática y teleológica entre las causas que dan lugar a la declaratoria del estado de excepción y las medidas adoptadas con fundamento en esta, en Ecuador la Corte no efectúa este análisis²¹.

Lo anterior significa que el intercambio jurídico emprendido a nivel legislativo fue claramente insuficiente para generar una convergencia entre los dos sistemas jurídicos, y que el interés de la Corte ecuatoriana en su par colombiano no se ha traducido en la adopción de sus mismos estándares.

²¹ Hasta diciembre de 2010, las reglas jurisprudenciales sobre los estados de excepción se encuentran en las sentencias 001-08-SEE-CC, 001-09-SEE-CC, 002-09-SEE-CC, 003-09-SEE-CC, 004-09-SEE-CC, 0001-09-SEE-CC, 001-10-SEE-CC, 002-10-SEE-CC, 003-10-SEE-CC, 004-10-SEE-CC, 005-10-SEE-CC, 006-10-SEE-CC, 007-10-SEE-CC, 008-10-SEE-CC, 009-10-SEE-CC, 011-10-SEE-CC, 012-10-SEE-CC, 013-10-SEE-CC, 014-10-SEE-CC, 015-10-SEE-CC, 016-10-SEE-CC, 017-10-SEE-CC, 018-10-SEE-CC y 019-10-SEE-CC.

1.2. Las citaciones retóricas de la Corte Constitucional de Colombia de los instrumentos de los sistemas mundial y regional de derechos humanos

Otro ejemplo se encuentra en la recurrente pero en ocasiones inútil referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos contenida en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Con frecuencia cita ampliamente tratados, convenciones, declaraciones, resoluciones, observaciones generales o recomendaciones de los comités de derechos humanos, opiniones consultivas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), o informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pocas veces, sin embargo, esta referencia se traduce en un acercamiento material con estos otros ordenamientos. La mayor parte de las veces, en cambio, se trata de reseñas retóricas que pretenden más bien legitimar una decisión que esconde una debilidad argumentativa o que es altamente controvertida. En todas estas hipótesis existe una aproximación tan solo aparente. Veamos dos ejemplos.

El primero se encuentra en la sentencia T-184/11 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva). Allí se debía resolver el caso de un menor de edad diagnosticado con enanismo y al que el médico tratante ordenó una reducción en la dosis del medicamento con que venía siendo tratado. La Corte debía establecer si esta modificación implicaba la vulneración de algún derecho fundamental. La respuesta fue negativa, a partir de un único argumento: son los médicos tratantes, y subsidiariamente otros médicos particulares cuando su concepto técnico no es desvirtuado por las EPS, los que definen el tratamiento de los pacientes, y no el juez de tutela que carece de los elementos técnicos para efectuar valoraciones de este tipo. Con fundamento en esta regla jurisprudencial, que ya había sido definida previamente por esta Corporación, se denegó el amparo.

A pesar de que la regla descrita anteriormente es el *holding* de la decisión, el fallo de la Corte contiene una amplia referencia a los tratados internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), la Declaración de los Derechos del Niños, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Con respecto a este último instrumento, la Corte hace notar que todos los niños tienen derechos humanos con independencia de su lugar de nacimiento, raza, género, condición social o cultural, que dicho reconocimiento no es una concesión, favor o donativo, que los derechos son interdependientes e indivisibles, que pretenden asegurar el desarrollo integral de los menores, que su respeto es una condición *sine qua non* de su dignidad, y que la familia juega un rol determinante en la vida de los menores. Como puede observarse, la referencia al derecho internacional de los derechos humanos tiene muy poco que ver con el problema jurídico abordado en la sentencia, de modo que la citación tiene más bien una función ornamental y retórica.

Otro caso ilustrativo se encuentra en la sentencia T-195/11 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto). En este fallo la Corte resuelve el caso de una menor diagnosticada

con “hipoacusia conductiva moderada bilateral”, y a la que un especialista particular ordenó la cirugía de “prótesis auditiva Tipo Baha + Vistafix”, procedimiento no contemplado por el Plan Obligatorio de Salud (POS). Para resolver el caso la Corte aplicó la regla judicial que permite exigir las prestaciones no contempladas en POS cuando no pueden ser sustituidas por otro tratamiento incluido en este, su valor no puede ser asumido por el interesado, y es ordenado por el médico tratante o, en su defecto, por otro médico especialista cuya valoración técnica no es controvertida. Una vez verificados estos requisitos en el caso concreto, el amparo es concedido, ordenándose la realización de la mencionada cirugía.

A pesar de que el *holding* de la sentencia es la regla descrita anteriormente, y de que para su estructuración no se apeló al derecho internacional de los derechos humanos sino simplemente a los precedentes judiciales existentes, en el fallo se encuentra una amplia referencia a este sistema constitucional. En particular, se cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para respaldar afirmaciones del siguiente tenor: la salud es un derecho humano; los niños son titulares de este derecho; se deben implementar planes para la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, el mejoramiento de la higiene, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la asistencia y los servicios médicos en caso de enfermedad; debe existir un equilibrio entre la necesidad de todas las personas de gozar de un estado pleno de salud, y los recursos estatales para su garantía; su satisfacción no solo exige el acceso a los tratamientos en caso de enfermedad, sino también el goce de las condiciones que la determinan, como acceso al agua potable, condiciones sanitarias adecuadas, alimentación equilibrada, acceso a información sobre salud, y particularmente sobre la salud sexual y reproductiva; los servicios relacionados con la salud deben ser suministrados sin ningún tipo de discriminación; los servicios de salud deben ser ampliados progresivamente; el servicio de salud comprende la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Evidentemente, la notable y extensa referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la Observación General No. 14 del Comité de DESC carece de toda relación con el problema jurídico, y el fallo se limitó a aplicar una regla jurisprudencial preexistente. Nuevamente, la citación de estos instrumentos tiene más bien un carácter retórico.

De este modo, en muchas ocasiones lo que ocurre es que tras la fachada de un profundo e intenso intercambio jurídico, subyace al menos el aislamiento. La citación de jurisprudencia es utilizada más bien con un propósito simbólico y legitimador.

2. LAS ASIMETRÍAS DE LA GLOBALIZACIÓN

Un segundo rasgo se refiere a la heterogeneidad e irregularidades en el intercambio jurídico. No se trata de un proceso uniforme e invariable, sino de dinámicas híbridas, diversas y complejas. Mientras en algunas materias se presenta una relativa aproximación entre los ordenamientos, en otras el aislamiento, o inclu-

so las colisiones se convierten en el denominador común. Mientras los fallos de algunos jueces constitucionales reflejan un profundo interés por el derecho comparado, las providencias de otros son más “conservadoras” a la hora de alinearse con la idea de un constitucionalismo global. Por este motivo, las descripciones convencionales fallan cuando explican la globalización en función de fenómenos específicos y aislados que no reflejan la complejidad y las disparidades en el proceso de convergencia.

La relación de la Corte Constitucional colombiana con los sistemas mundial y regional de derechos humanos ilustra claramente este rasgo. Mientras en algunas temáticas la aproximación ha sido fluida y sin mayores traumatismos, en otras ha ocurrido lo contrario.

En efecto, aunque desde sus inicios la Corte expresado la necesidad de lograr una armonización con estos sistemas, y aunque a lo largo del tiempo ha venido consolidando una doctrina relativamente convincente sobre la forma en que se relacionan y armonizan, la práctica constitucional ha sido mucho más compleja.

Así, ha venido afirmando que la relación entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional y supranacional de derechos humanos se estructura alrededor de dos categorías conceptuales: el bloque de constitucionalidad y la relevancia o trascendencia interpretativa del *soft law*.

En primer lugar, la Corte ha entendido que por disposición expresa de la Carta Política algunos instrumentos del derecho internacional o supranacional tienen jerarquía constitucional, o al menos constituyen un parámetro de constitucionalidad de las leyes, y en general del ordenamiento jurídico infra-constitucional. Por esta vía ha sostenido que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidas durante los estados de excepción²², el derecho internacional humanitario²³ y algunos convenios de la OIT ratificados por Colombia²⁴. Otras categorías normativas hacen parte del “bloque de constitucionalidad en sentido lato”, en tanto que no tienen la misma jerarquía de la Carta, pero constituyen un parámetro de constitucionalidad del sistema jurídico.

En segundo lugar, ha sostenido que aunque los demás instrumentos internacionales de derechos humanos (como las observaciones generales o las recomendaciones de los comités, los informes de la CIDH, o las sentencias o las opiniones consultivas de la Corte IDH) no hacen parte del bloque de constitucionalidad, sí constituyen una pauta relevante para determinar su contenido. Esta forma de incorporación se ha justificado con el argumento de que estos instrumentos in-

²² Sentencias C-1001/05, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-200/02, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-774/01, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-582/99, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-191/98, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358/97, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²³ Sentencias C-582/99, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-135/96, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-578/95, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-225/95, M. P. Alejandro Martínez Caballero).

²⁴ Sentencia C-280/07, M. P. Humberto Sierra Porto

interpretan con autoridad el contenido y alcance de los tratados que sí hacen parte del bloque, por lo que necesariamente constituyen un “criterio hermenéutico constitucionalmente relevante” que debe ser tenido en cuenta por los operadores jurídicos internos a la hora de aplicar los tratados de derechos humanos.

Aunque estas doctrinas parecen fijar bases sólidas y pautas claras para la armonización con los sistemas mundial y regional de derechos humanos, la práctica constitucional ha sido mucho más problemática.

La primera razón es que la distinción misma entre “bloque de constitucionalidad” y “criterio hermenéutico constitucionalmente relevante” es débil y conflictiva. En ambos casos el contenido del instrumento normativo es tenido en cuenta para evaluar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico o para determinar la eventual amenaza o vulneración de derechos en casos específicos. Es decir, la distinción entre las categorías normativas a las que se les confiere una jerarquía privilegiada dentro del derecho interno, y las que únicamente sirven como criterio interpretativo carece en la práctica de efectos jurídicos.

Un caso que ilustra esta situación se encuentra en la polémica sentencia que despenalizó parcialmente el aborto en Colombia²⁵. En este fallo la Corte debía determinar si la penalización absoluta de esta conducta lesionaba algún precepto constitucional o alguna disposición de las que integran el bloque de constitucionalidad. Reiterando una tesis ya esgrimida en otras oportunidades²⁶, sostuvo que para examinar la compatibilidad del tipo penal con los tratados internacionales que sí hacen parte del bloque resultaba imperioso apelar al entendimiento que de los mismos han hecho sus intérpretes autorizados. En tal virtud, consideró como “pautas relevantes de interpretación” diferentes recomendaciones y Observaciones Generales de los comités que vigilan el cumplimiento de los tratados, y muy particularmente la Observación General No. 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Cedaw), que insta a la despenalización del aborto. De igual modo, se tuvieron en cuenta las pautas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance y los sujetos del derecho a la vida contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). A pesar del manejo lingüístico del asunto, en últimas estos instrumentos constituyeron parámetros de constitucionalidad de la disposición legal. En otras palabras, instrumentos como la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos²⁷, la Recomendación General No. 19 del Comité de la Cedaw²⁸ o la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁹ sirvieron materialmente como parámetro de constitucionalidad bajo la fachada de “criterios hermenéuticos constitucionalmente relevantes”.

²⁵ Sentencia C-355/06.

²⁶ Sentencias C-010/00 y C-200/02, entre otras.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. NU, CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

²⁸ Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. NU A/47/28, 30 de enero, 1992.

²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14.

En segundo lugar, no parece existir un uso consistente, uniforme y estructurado de estos instrumentos, y menos aún en el caso del *soft law*. En algunas oportunidades la Corte se muestra decidida a llevar hasta sus últimas consecuencias el imperativo de armonización, mientras que en otras se muestra dubitativa y reacia, o al menos fija claros y contundentes límites al nivel de vinculatoriedad del *soft law*.

Los factores que determinan estas inconsistencias son múltiples. En ocasiones el nivel de receptividad depende de la temática abordada: en cuestiones como el alcance del derecho a la salud, los instrumentos del sistema mundial de derechos humanos han sido particularmente importantes, mientras que en asuntos relativos a los límites a la criminalización de la libertad de expresión la Corte se ha mostrado mucho más tímida a la hora de recoger las pautas interpretativas de la Corte y de la Comisión Interamericana. En ocasiones depende de factores “aleatorios”, como el despacho responsable de la elaboración de la providencia, la formación académica de quienes integran el despacho, el contexto político, económico y social del caso específico que debe ser resuelto, entre muchos otros.

Así, es posible encontrar una variada jurisprudencia con prolíficas y abundantes citas. La sentencia sobre despenalización del aborto es un buen ejemplo de uso “intensivo” del *soft law*. Pero obviamente no es el único. Recientemente se resolvió el caso de una mujer que resultó con grandes y protuberantes cicatrices en el pecho y una asimetría en el tamaño del busto como consecuencia de una mamoplastia de reducción que le fue realizada por una hipertrofia mamaria. La reconstrucción mamaria que solicitaba a través de un amparo tenía un carácter estético, por lo que a la luz de los precedentes existentes, en principio los costos del procedimiento no podían ser asumidos por el sistema de salud. No obstante, la Corte sostuvo que en este caso se debía realizar la reintervención, ya que el tratamiento inicial no había sido realizado adecuadamente. Para demostrar las fallas en la intervención inicial fueron cruciales los parámetros contenidos en la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativos a la calidad, el acceso a la información y la perspectiva de género en el suministro de los servicios de salud. En este caso el instrumento referido sirvió de base para inferir la vulneración de los derechos de la accionante y para conferir el amparo³⁰.

Algo semejante ocurrió en otro caso en el que la Corte debía establecer si para efectos pensionales las empresas del sector petrolero debían reconocer patrimonialmente el tiempo laborado por sus antiguos trabajadores desvinculados antes de entrar a regir el nuevo sistema pensional en el año de 1993. A pesar de que a nivel legislativo se dio una respuesta negativa que fue avalada por la propia Corte Constitucional, a partir de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativizó esta prohibición, sosteniendo que en ocasiones excepcionales es posible exigir de las empresas petroleras este reconocimiento patrimonial³¹.

³⁰ Sentencia T-826/11, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³¹ Sentencia T-784/10, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sin embargo, en otros casos ha ocurrido algo distinto, y la Corte no ha emprendido este proceso de aproximación, e incluso ha desconocido la fuerza vinculante de estos instrumentos. Así ha ocurrido en la temática de la doble instancia, donde no ha estado dispuesta a “ceder” frente a las exigencias de los sistemas mundial y regional de derechos humanos.

En efecto, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que toda condena en materia penal debe ser revisada por una instancia jerárquica superior. A partir de esta regla, la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos infiere que todo fallo sancionatorio debe ser sometido a un tribunal superior, independientemente de la gravedad de la infracción o de la sanción, y que la segunda instancia debe contemplar todas las garantías del derecho al debido proceso³². El Comité ha entendido que se trata de un derecho incondicionado que debe ser aplicado en cualquier proceso sancionatorio, más aún si se trata de uno penal. Con fundamento en este presupuesto, en distintos dictámenes ha declarado la violación del PIDCP por los Estados que establecen algunas excepciones a la regla general de la doble instancia³³.

A pesar de esto, en Colombia se han establecido algunas excepciones a esta regla general, como ocurre con los altos dignatarios del Estado.

Por un lado se encuentra el fuero del presidente, los magistrados de las Altas Cortes y fiscal general de la Nación; los delitos cometidos en ejercicio de sus funciones son juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia, previa investigación y acusación por parte de la Cámara de Representantes, y declaración positiva de seguimiento de la causa por parte del Senado³⁴. Por otro lado, se encuentra el fuero de los miembros del Congreso, para los que tanto la investigación como el juzgamiento en única instancia se radica en la Corte Suprema de Justicia³⁵. Finalmente, se encuentra el de los ministros del despacho, el procurador general de la Nación, el defensor del pueblo, agentes del Ministerio Público ante las Altas Cortes y tribunales, directores de departamentos administrativos, contralor general de la República, embajadores y jefes de misión diplomática o consular, gobernadores, magistrados de tribunales y generales y almirantes de la Fuerza Pública; respecto de ellos la investigación y acusación corresponde directamente al Fiscal General, y el juzgamiento en única instancia a la Corte Suprema de Justicia.

³² Observación General No. 13 al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/informes/onu/cdedh/Observacion%20Gral.%2013%20Art.%2014%20PIDCP.html>. Fecha de acceso: 29 de octubre de 2011.

³³ Existen múltiples dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los que se insiste en la violación al PIDCP por el establecimiento de excepciones a la doble instancia. Dentro de estos dictámenes se encuentran los siguientes: dictamen del 20 de julio de 2001 en el caso Cesario Gómez Vásquez vs Reino de España, Comunicación No. 701/1996/69/D/701/1996; 23 de junio de 1997 en el caso Michael y Brian Hill vs España, Comunicación No. 526/1993 (CCPR/C/59/D/526/1993); 30 de julio de 2003 (caso Joseph Semey vs. España); 7 de agosto de 2003 (caso Manuel Sineiro Fernández vs España); 15 de noviembre de 2004 (caso José María Alba Cabriada vs España); 25 de mayo de 2005 (Antonio María Fernández vs España); 13 de mayo de 2003 (caso Luis Pascual Estevill vs España); 10 de mayo de 2005 (caso Parra Corral vs España); 16 de agosto de 2005 (caso Luis Bertelli Gálvez vs España); 16 de agosto de 2005 (caso Luis Cuartero Casado vs España); 21 de noviembre de 2005 (caso Héctor Luciano Carvallo Vilar vs España).

³⁴ Artículos 174-175 CP.

³⁵ Artículo 235 CP.

La aplicación de estos fueros ya ha sido cuestionada a partir de los instrumentos del sistema mundial de derechos humanos, justamente por no contemplar la doble instancia. En este punto la Corte se ha alejado de su doctrina estándar sobre la fuerza vinculante del derecho internacional de los derechos humanos, y ha considerado que los fueros para los altos dignatarios que no contemplan la doble instancia no vulneran los derechos fundamentales³⁶. La defensa de esta tesis se ha hecho a partir de cuatro argumentos:

En primer lugar, ha sostenido que este régimen excepcional, que implica un acceso directo al órgano rector del sistema judicial (la Corte Suprema de Justicia), antes que perjudicar a los altos funcionarios del Estado, constituye una garantía institucional de imparcialidad, idoneidad y economía procesal, por lo que debe ser entendido como un beneficio adicional y no como una restricción de los derechos constitucionales.

En segundo lugar, ha relativizado el imperativo de la doble instancia demostrando que las razones por las que de manera general es necesaria esta figura son inexistentes en el caso de los altos funcionarios del Estado que son juzgados por el máximo órgano judicial del país. En efecto, la doble instancia debe ser la regla general, pues de ordinario la primera instancia se surte ante jueces de categoría inferior que son especialmente proclives al error; pero cuando se accede directamente a la cabeza del sistema judicial esta necesidad desaparece. Así pues, el imperativo de la doble instancia no tiene un carácter absoluto.

En tercer lugar, pese a la inexistencia de la doble instancia como tal, subsiste en todo caso la revisión judicial de las condenas a través de las acciones de revisión y de tutela en contra de las decisiones de las Altas Cortes.

Finalmente, la Corte ha presentado un último argumento que parece poner en entredicho la obligatoriedad, o al menos la rigurosidad en el acatamiento del derecho internacional y regional de los derechos humanos. Sostiene que estos órdenes jurídicos deben adaptarse a las particularidades de cada sistema político, y dejar a salvo un amplio margen de configuración legislativa a los órdenes internos: “En el caso de las reglas internacionales aplicables, estas han de tener una generalidad tal, que respeten la especial forma de juzgamiento que pueda derivarse del tipo de Estado, del modelo de democracia o de la forma de República específica que tenga el Estado parte en cuestión”³⁷; “cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos”³⁸. Adicionalmente, para matizar y relativizar la regla del derecho internacional, sostuvo que como estos sistemas jurídicos únicamente contienen preceptos genéricos que no se refieren a la hipótesis específica de los

³⁶ Sobre la compatibilidad de los fueros con los derechos fundamentales cfr. las sentencias C-142/93, M. P. Jorge Arango Mejía; C-411/97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-040/02, M. P. Eduardo Montalegre Lynnett; C-934/06, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, y SU-811/09, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

³⁷ Sentencia C-146/10, M. P. María Victoria Calle Correa.

³⁸ Sentencia C-934/06, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

altos funcionarios, es viable su restricción en virtud de la clásica regla según la cual la norma especial prevalece sobre la general³⁹.

Otro caso emblemático se refiere a los límites a la criminalización de la libertad de expresión. En la sentencia C-442/11 se resolvió la demanda de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones del Código Penal que tipificaban los delitos de injuria y calumnia. El fundamento de la demanda era la libertad de expresión, pero en los términos en que ha sido entendida por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos organismos han concluido que la tipificación de los delitos contra la honra, el buen nombre y la intimidad (como las denominadas injuria, calumnia y difamación), cuando la información u opinión divulgada se refiere a asuntos de interés público o a la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, vulnera la libertad de expresión; en el mismo sentido han sostenido que la penalización no puede convertirse en una forma encubierta de censura, y que la tipificación de este tipo de conductos debe ser clara, expresa e inequívoca, e implicar una lesión objetiva y grave del bien jurídico de la honra. La Corte colombiana reconoce la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para fijar el alcance de la libertad de expresión y por esta vía evaluar la constitucionalidad de los tipos penales que la limitan, pero a renglón seguido hace notar que las decisiones de este organismo:

no pueden ser trasplantadas automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales.

En el mismo sentido, sostiene que aunque desde el sistema interamericano se ha propugnado por la despenalización de la injuria y la calumnia, la decisión última sobre esta forma de criminalización corresponde al legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa.

De este modo, el abierto y deliberado interés de la Corte por el intercambio jurídico se desvanece cuando implica poner en tela de juicio las prescripciones constitucionales. En estas hipótesis el juez constitucional ya no reconoce la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos, relativiza sus prescripciones, y desconoce la fuerza vinculante del *soft law*.

En definitiva, la interconexión entre ordenamientos implica la coexistencia de dinámicas paralelas aisladas, inconexas e incongruentes entre sí, más que la presencia de un único factor de armonización que invade constante y progresivamente el fenómeno jurídico en su integridad.

³⁹ Idem.

3. LAS DIFICULTADES EN LA SELECCIÓN Y COMPRESIÓN DE LOS MODELOS O REFERENTES DEL INTERCAMBIO

Un tercer rasgo de los procesos de globalización se refiere a las dificultades en la selección y en la comprensión de los referentes que son utilizados para el intercambio jurídico.

En cuanto al proceso de selección, se encuentran al menos dos obstáculos. En primer lugar, con frecuencia se apela única y exclusivamente a aquellos modelos que sirven para respaldar la regla jurisprudencial adoptada en el respectivo fallo, pasando por alto aquellos otros con una posición distinta; en esta hipótesis se utiliza el derecho comparado para legitimar una decisión judicial cuyo fundamento jurídico es cuestionable, más que como una herramienta para la construcción de un derecho global. Pero no solo se presenta una selección tendenciosa de modelos o referentes: ocurre también que la búsqueda y determinación de los modelos a seguir se limita a ciertos tribunales de alto prestigio que son considerados vanguardistas en el constitucionalismo contemporáneo, pero que no siempre ofrecen respuestas útiles y concretas a las problemáticas específicas que se abordan; en esta búsqueda se desdeña la experiencia de otros tribunales que pese a no tener el reconocimiento de aquellos, han logrado tener un desarrollo propio, y que ofrecen elementos de juicios frente a problemáticas similares.

Por otro lado, el proceso de comprensión de las instituciones foráneas suele ser más problemático de lo que suponen los propios operadores jurídicos y las descripciones convencionales de la globalización. Estos malentendidos y tergiversaciones impiden la conformación del denominado “constitucionalismo global”, pues en definitiva los distintos sistemas jurídicos adoptan soluciones diversas frente a las mismas problemáticas.

Veamos dos casos ejemplos específicos de esta dificultad.

3.1. Las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia sobre el aborto

Un primer ejemplo se encuentra en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia referidas al aborto, y muy particularmente la sentencia C-355/06 que lo despenalizó parcialmente en tres hipótesis específicas: cuando el embarazo es el resultado de un acto involuntario, cuando su continuación representa un grave peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando el feto tiene graves malformaciones. En este fallo la Corte sostiene que la criminalización es incompatible con los derechos constitucionales, y es en este contexto donde se vale del derecho comparado.

En efecto, en el acápite denominado “la cuestión del aborto en el derecho comparado” cita tres importantes decisiones judiciales: la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Roe vs Wade*, las del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985, y la del Tribunal español de 1985. A partir de

estos modelos concluye que en el derecho comparado se rechaza la penalización plena del aborto.

En primer lugar, explica el régimen establecido por la Corte Suprema de Estados Unidos según el trimestre del embarazo: en el primero se negaría “toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar [...] y tal decisión es dejada al ámbito interno de la mujer”. En el segundo trimestre se facultaría al Estado para “regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde este puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer”. Y en el periodo de viabilidad del embarazo afirma que los Estados podrían “regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico, este fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer”.

Posteriormente cita los fallos del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985, sosteniendo que esta Corporación reconoce la vida del ser humano no nacido como valor constitucional, pero que también postula sus limitaciones por razones médicas, eugenésicas, éticas y socioeconómicas.

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

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

Esta pretendida uniformidad, sin embargo, se sustenta en una selección parcializada de precedentes constitucionales. Para arribar a esta conclusión la Corte se abstuvo de citar providencias judiciales de otras latitudes que han adoptado una posición diferente, y que han admitido la penalización plena del aborto. Es el caso, a título de ejemplo, de los fallos de los tribunales constitucionales ecuatoriano, chileno y portugués, que “avalan” la penalización plena del aborto.

Así, mediante la resolución 0014-2005-RA, el tribunal ecuatoriano prohibió la comercialización de la denominada “píldora del día después” o “anticonceptivo hormonal de emergencia”, argumentando los posibles efectivos abortivos, constitucionalmente inadmisibles por ser incompatibles con los principios y derechos reconocidos en la Carta Política. Una decisión y unas consideraciones semejantes se encuentran en la sentencia del Tribunal Constitucional chileno del año 2008⁴⁰ que resolvió un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de algunas dispo-

⁴⁰ Sentencia del 18 de abril de 2008, rol 740-07 del Tribunal Constitucional chileno.

siciones reglamentarias que viabilizaban la comercialización de la misma píldora⁴¹; el tribunal sostuvo que la píldora podría tener efectos abortivos, y que en virtud de los principios y derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, toda forma de aborto se encuentra prohibida. Si bien este fallo es posterior a la sentencia C-355/06, el tribunal colombiano, partidario de una interpretación evolutiva del texto constitucional, posteriormente se ha abstenido de realizar este ejercicio de aproximación jurídica.

Pero además, la citación misma de precedentes adolece de serias limitaciones. La referencia al derecho norteamericano, por ejemplo, prescinde de una amplia gama de decisiones judiciales que se han producido después de 1973, y que no solo modifican la base conceptual sobre la que se instituyó el derecho al aborto, sino que también alteran en forma significativa su contenido y alcance. Es decir, el denominador común en las sentencias de la Corte sobre el aborto es la presentación de un panorama particularmente limitado y estrecho del derecho norteamericano. En términos generales, todas las providencias referidas a esta temática pasan por alto el amplio, complejo y profundo debate jurisprudencial, suponiendo erróneamente que la cuestión quedó cerrada definitivamente en la sentencia *Roe vs Wade*, con la postulación del derecho al aborto durante el primer trimestre del embarazo como derivación del derecho a la intimidad.

En este sentido, la sentencia C-133/94 sostiene que:

“la doctrina basada en la defensa del *right of privacy*, prohijado por la Corte Suprema de Justicia Norteamericana en el caso *Roe vs Wade*, reconoce a la mujer el derecho a decidir, durante el primer trimestre del embarazo —sistema de plazos— si desea llevarlo a su culminación o interrumpirlo, sin riesgo para su vida, acudiendo a los servicios médicos del Estado, con lo que se deja en libertad a la mujer para decidir sobre esta opción moral”.

En un sentido semejante, la sentencia C-355/06 circunscribe su análisis del derecho norteamericano a la sentencia en el caso *Roe vs Wade*. Finalmente, con respecto al periodo de viabilidad del embarazo se afirma que según la Corte estadounidense, los Estados pueden “regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico, este fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer”.

Esta referencia es claramente insuficiente, pues pasa por alto múltiples pronunciamientos judiciales que no solo han modificado el alcance del derecho al aborto, sino que también han alterado el fundamento sobre el cual se edificó la justificación de su despenalización parcial:

“La decisión de 1973 en *Roe Vs. Wade*, apoyada por una mayoría de siete a dos en la Corte Suprema parecía ser en aquel momento una resolución concluyente de la

⁴¹ Decreto Supremo No. 48 de 2007 del Ministerio de Salud, que contiene las “Normas nacionales sobre regulación de la fertilidad”.

controversia. Sin embargo, aquellos que esperaban que esta decisión resolviera el asunto al remover el problema del aborto del tenso debate político, fueron rápidamente defraudados [...] No ha habido estabilidad de la posición de la Corte Suprema acerca del problema del aborto en los años que siguieron desde que Roe fue dictado”⁴².

En efecto, los múltiples pronunciamientos posteriores de la Corte Suprema de Estados Unidos han alterado tanto la base jurisprudencial en la que se soportó *Roe vs. Wade*, como el contenido del supuesto derecho al aborto⁴³. En primer lugar, el *holding* de *Roe v. Wade* ha sido definitivamente abandonado. En *Roe* se había supuesto que la decisión de abortar constituía un asunto que hacía parte de la esfera de la intimidad de la mujer, motivo por el cual las restricciones legales de los Estados fueron consideradas como una interferencia ilegítima e inconstitucional. Sin embargo, a partir de *Bellotti v. Baird*⁴⁴ y *Maher v. Roe*⁴⁵ la Corte Suprema introdujo dos cambios sustanciales: primero, comenzó a considerar que el fundamento no era ningún derecho absoluto a la intimidad, sino más bien la necesidad de no imponer cargas *excesivamente gravosas* a la mujer; de esta manera, la argumentación se desplazó desde el derecho a la intimidad hasta lo que se denominaron las “cargas indebidas”; esta reformulación argumentativa, como se verá más adelante, tendrá grandes repercusiones en el entendimiento del problema del aborto, pues este solo será permitido en la medida en que represente una carga excesiva e ilegítima para la mujer. Pero además, a partir de *Casey*⁴⁶ hizo explícito el interés autónomo de los Estados en la vida del feto antes de su viabilidad, que ahora debía ser articulado con el derecho al aborto; este interés independiente también vendría tener repercusiones significativas en la definición de los contornos y alcances del derecho al aborto.

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

- Los Estados no tienen la obligación constitucional de asumir los costos y gastos de los abortos no terapéuticos (*Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 1977).

⁴² Ian SHAPIRO, *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 31 (2008), pp. 437-463.

⁴³ Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Estados Unidos: *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*, 428 U.S. 476 (1976); *Bellotti v. Baird I*, 428 U.S. 132 (1976); *Maher v. Roe*, 432 U.S. (1977); *Beal v. Doe*, 432 U.S. (1977); *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979); *Bellotti v. Baird II*, 428 U.S. (1979)M; *Harris vs. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398 (1981); *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983); *Simpoulos v. Virginia*, 462 U.S. 506 (1983); *Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986); *Hartigan v. Zbaraz*, 484 U.S. 171 (1987); *Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417 (1990); *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497. U.S. 502 (1990); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Fargo Women’s Health Organization v. Schafer*, 113 S. Ct. 1668 (1993); *Planned Parenthood v. Casey*, 114 S.Ct. 909 (1994); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 114 S.Ct. 909 (1994); *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000); *Gonzalez v. Carhart*, 127 S.Ct 1610 (2007).

⁴⁴ *Bellotti v. Baird I*, 428 U.S. 132, 147 (1976).

⁴⁵ *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977).

⁴⁶ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

- Ni los Estados ni el gobierno federal tienen la obligación de proporcionar financiamiento público al aborto, incluso cuando se trata de procedimientos necesarios para el bienestar de la mujer (*Harris v. McRae*, 448 U.S. 297, 1980).
- Los Estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera obtenga el consentimiento de sus padres en la medida en que también se prevea un procedimiento alternativo (*Bellotti vs. Baird*, 428 U.S. 132, 1979).
- Los Estados pueden exigir a los médicos la notificación a los padres sobre la práctica del aborto de menores (*H.L. v. Matheson*, 430 U.S. 398, 1981).
- Los Estados pueden regular el sistema de notificación a los padres (*Hodgson v. Minnesota*, 497 U.S. 417, 1990, y *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 U.S. 502, 1990).
- El esquema de trimestres previsto en *Roe* es replanteado. Por un lado, la viabilidad ya no coincide con el tercer trimestre del embarazo, y por otro, los Estados pueden tener un interés legítimo en proteger la vida incluso antes de la viabilidad del no nacido.

“El esquema de *Roe* es difícilmente consistente con la idea de una Constitución configurada con términos generales, como está la nuestra, y expresándose por lo general en principios generales [...] no se ve por qué el interés del Estado en proteger la vida potencial debe comenzar a existir recién a partir del momento de la viabilidad, ni que debería existir, en consecuencia, una línea rígida permitiendo la regulación estatal después del momento de viabilidad pero prohibiéndola antes del mismo” (*Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490, 1989).

- Como existe un interés autónomo e independiente en la vida del feto incluso antes de su viabilidad, los Estados pueden intentar incidir en la decisión de la mujer en la medida en que su derecho consiste en tomar la última determinación, mas no en ser marginada de información fidedigna, objetiva y completa. Por este motivo, incluso en los estados tempranos del embarazo, los Estados pueden promover leyes que obliguen a informar a la mujer sobre los argumentos de tipo social y psicológico a favor de la continuación del embarazo (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 1992).
- De igual modo, como existe un interés autónomo en la vida del feto, los Estados pueden imponer restricciones que no afecten el derecho a la salud de la mujer. En este contexto, *Gonzales v. Carhart*⁴⁷ admitió que los Estados prohibieran ciertos métodos abortivos especialmente rudos, como lo es el aborto por parto parcial, donde se permite o induce el nacimiento parcial a través del cuello del útero, se destruye el cráneo o se extrae la masa encefálica y finalmente se extrae el feto a través del cuello.

De acuerdo con esto, puede concluirse que las sentencias de la Corte tienen al menos tres falencias: circunscriben el intercambio a los sistemas jurídicos que avalan su posición y a aquellos que de manera injustificada considera que están

⁴⁷ *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

a la vanguardia del constitucionalismo contemporáneo⁴⁸, y las referencias suelen ser descontextualizadas, fragmentarias e insuficientes⁴⁹.

3.2. LA PONDERACIÓN Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

De manera consciente y deliberada, la Corte Constitucional ecuatoriana ha incorporado a su repertorio de herramientas conceptuales y técnicas argumentativas las provenientes del derecho comparado. Sin embargo, los resultados de estos esfuerzos no siempre han sido exitosos⁵⁰.

En primer lugar, erróneamente ha atribuido a la ponderación y al test de proporcionalidad dos notas de las que realmente carece: la novedad y la especificidad. Se conciben entonces técnicas novedosas y vanguardistas diseñadas para atender las peculiaridades y especificidades del derecho constitucional y del denominado “neoconstitucionalismo”:

“El neoconstitucionalismo incorpora contenidos materiales o sustanciales vinculantes dentro de la Carta fundamental [...] El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método. [...] Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas téticas), torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación de los derechos fundamentales”.

Esta representación parte de supuestos erróneos, pues realmente se trata de metodologías diseñadas y utilizadas desde hace ya varias décadas, y en contextos distintos al derecho constitucional. Por tan solo mencionar un ejemplo, los organismos de solución de diferencias de la OMC apelan con frecuencia al test de

⁴⁸ La referencia a países como Estados Unidos, Alemania y España no se circunscribe al tema del aborto. Aunque en temáticas como los derechos sociales y su exigibilidad por vía judicial, los derechos de los animales, los principios de los derechos humanos o la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, otros países como Suráfrica, México, Argentina o Brasil tendrían mucho por aportar, la Corte colombiana insiste en privilegiar estos otros sistemas jurídicos. Tan solo de manera excepcional abre el panorama a otras experiencias.

⁴⁹ En contraste con este tipo de referencias, se encuentra la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda a la sentencia C-355/06. La referencia al derecho comparado no solo comprende un amplio catálogo de países, sino que además su comprensión del derecho alemán y norteamericano es mucho más afortunada y carece de las deficiencias del voto mayoritario. A diferencia del fallo mayoritario, este tipo de citaciones permite develar la complejidad del asunto y hacer un balance razonable y mesurado de la cuestión. Como puede observarse, el magistrado se adhiere a la tesis mayoritaria sobre la necesidad de despenalizar parcialmente el aborto, pero su estrategia argumentativa difiere sustancialmente.

⁵⁰ El estudio sobre la utilización de la ponderación y del test de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana se encuentra en Claudia ESCOBAR GARCÍA, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, ob. cit., pp. 87-100.

proporcionalidad para establecer la legitimidad de las restricciones al comercio internacional.⁵¹

Más grave aún es la confusión sobre la función que cumplen dentro del proceso de argumentación jurídica. La Corte ha concluido que se trata de nuevos métodos de interpretación que vendrían a sustituir la arcaica y tradicional interpretación literal, histórica, sistemática y finalista, así como los anticuados criterios de resolución de antinomias (jerárquico, cronológico y de especialidad).

Muchas providencias sostienen esta misma idea. En la sentencia 002-08-SI-CC la Corte afirmó que el test de proporcionalidad y la ponderación representan la superación del paradigma del positivismo jurídico y los modelos interpretativos ligados a este:

“Tradicionalmente se acepta que el intérprete hace uso de los distintos métodos o modos usuales de interpretación, comenzando por determinar el significado del texto en el uso general del lenguaje (sentido literal); o bien, poniendo en contacto el texto que se quiere interpretar con el contexto en el que está inscrito (método sistemático) [...]; o también, cuando los dos métodos anteriores abren distintas posibilidades de solución no satisfactorias, el intérprete puede acudir a los fines y propósitos del legislador (método teleológico o finalista). Existe finalmente un criterio o método que considera la génesis de cada norma en su situación histórica determinada (método histórico) [...] pero hay un cambio de paradigma, una transformación radical, tan importante como aquella que ocurrió cuando a comienzos del siglo XIX se pasó de la geometría euclidiana a la geometría no euclidiana. En el caso particular del derecho constitucional, la aceptación de la posibilidad de interpretación más allá de la literalidad del texto, implica la comprensión de que el derecho ya no es lo que dice la ley [...] Este método racional o razonable de interpretación constitucional se sustenta en la aplicación de ciertas metodologías de toma de decisión, como el juicio de razonabilidad o proporcionalidad”⁵².

No obstante, plantear un dilema entre los métodos tradicionales de interpretación y el test de razonabilidad y la ponderación equivale a desconocer la naturaleza y el rol de estas técnicas dentro del proceso de argumentación, pues operan en fases distintas del razonamiento. En efecto, mientras aquellos están encaminados a definir el contenido y alcance de las disposiciones, la ponderación tiene por objeto resolver los conflictos normativos entre derechos y principios con la misma jerarquía, y el test de razonabilidad establecer la compatibilidad de una medida legal o infralegal, con los principios constitucionales en juego. Propiamente hablando, ni la ponderación ni el test constituyen nuevos métodos de interpretación, sino técnicas alternativas para resolver un tipo especial de conflictos normativos, por

⁵¹ Textos emblemáticos se encuentran en los Informes de Grupos Especiales y los Informes del Órgano de Apelación en el denominado caso “Camarones-tortugas”, en el que se cuestionaba la validez y legitimidad de la decisión de Estados Unidos de imponer restricciones a la importación de camarones por consideraciones ambientales. Al respecto cfr. los documentos DS58/R, DS58/AB/R, DS58/RW y DS58/AB/RW de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dspu_s/distab_s.htm#r58. Fecha de acceso: marzo 10 de 2012.

⁵² Planteamientos semejantes se encuentran en las sentencias 002-10-SIC-CC, 0020-09-IC y 002-08-SI-CC.

lo que en estricto sentido no “compiten” con estos criterios tradicionales. No se trata entonces de técnicas excluyentes entre sí.

En tercer lugar, su utilización y manejo han sido cuestionables. Así por ejemplo, la Corte ha entendido que la ponderación puede ser utilizada de manera generalizada e indiscriminada, cuando en la propia teoría jurídica ha sido diseñada con un radio de acción mucho más estrecho. En efecto, en su formulación clásica la ponderación opera fundamentalmente para resolver los conflictos normativos entre principios de orden constitucional, cuando no es posible encontrar una fórmula de armonización entre ellos; estas hipótesis son excepcionales, pues debe existir una colisión normativa entre principios de la misma jerarquía normativa, y que no sea posible otra forma de articulación.

No obstante, la Corte ecuatoriana ha asumido erróneamente que puede ser utilizada sistemáticamente para resolver todo tipo de problemas jurídicos. Es por este motivo que con mucha frecuencia encuentra, e incluso “construye” de manera artificiosa y ficticia antinomias constitucionales, para luego resolverlas por medio de la ponderación: entre el principio de indivisibilidad de las tierras comunitarias y el de prevalencia del interés general, y entre el de reserva de ley y el de normatividad del texto constitucional⁵³; entre el de celeridad y el derecho de defensa, y entre el principio de reserva de ley y el principio de normatividad del texto constitucional⁵⁴; entre el deber genérico de cumplimiento de la ley y la obligación de obediencia a las órdenes de los superiores jerárquicas al interior de la fuerza pública⁵⁵; entre las legalidad y la igualdad⁵⁶; o entre el bien común y el derecho al trabajo y a la igualdad⁵⁷; o entre el principio de necesidad y el de temporalidad⁵⁸.

De este modo, la Corte parece encontrar en todo problema jurídico un conflicto entre principios constitucionales para justificar la utilización sistemática de la ponderación. Asume de este modo una perspectiva “conflictivista”, opuesta a la concepción original de esta herramienta argumentativa.

Otra falencia consiste en eludir la metodología propia de cada una de estas técnicas. Así por ejemplo, usualmente deja de seguir paso a paso el procedimiento argumentativo del test de razonabilidad. Como es bien sabido, para determinar la compatibilidad de una disposición legal o infralegal con el ordenamiento superior, se deben seguir ciertos pasos: en primer lugar, se debe identificar la finalidad de la medida y su legitimidad; en segundo lugar, se deben realizar los juicios de idoneidad, eficacia y necesidad de la respectiva medida, estableciendo si en realidad la disposición es apropiada y útil para obtener el fin propuesto, y si no existen otros mecanismos alternativos menos lesivos de principios y derechos constitucionales; finalmente, se debe realizar el juicio estricto de proporcionalidad o ponderación.

⁵³ Sentencia 002-08-SI-CC.

⁵⁴ Sentencia 009-09-SEP-CC.

⁵⁵ Sentencia 0022-2009-RA.

⁵⁶ Sentencia 0004-09-SAN-CC.

⁵⁷ Sentencia 0029-06-TC.

⁵⁸ Sentencia 004-09-SEE-CC.

Aunque en algunos fallos de la Corte ecuatoriana se reproduce este esquema conceptual, en la práctica no se lleva a cabo. Lo que generalmente ocurre es que la Corte simplemente afirma, pero nunca demuestra, que la medida en cuestión es idónea, eficaz y necesaria para garantizar el fin propuesto. No se encuentran fallos en los que se apele, por ejemplo, a estudios de tipo empírico que pongan en evidencia la relación causal entre una medida y una finalidad determinada, o que demuestren la existencia de medidas alternativas que garanticen, en términos causales, el mismo fin.

En muchos casos en los que se requería del esfuerzo argumentativo de la Corte para demostrar la relación de causalidad y la conexidad entre las medidas legales o infralegales y los fines perseguidos por estas, el fallo se limita a afirmar y a suponer de antemano la idoneidad, la eficacia, la necesidad y la proporcionalidad que debería demostrar. Así, en la sentencia 0004-09-SEE-CC la Corte presume, sin tener elementos de juicio, que la militarización de los embalses constituye una medida idónea, eficaz y necesaria para garantizar su correcta administración; en la sentencia 0003-10-SEE-CC presume, sin tener elementos de juicio, que la militarización y la movilización militar en cabeza de la Fuerza Naval en Petroecuador y sus filiales constituye una medida idónea, eficaz y necesaria para la correcta gestión del sistema; en la sentencia 0007-10-SEE-CC asume, sin tener elementos de juicio, que la autorización para inaplicar el régimen regular de contratación estatal constituye un mecanismo idóneo, eficaz y necesario para garantizar el abastecimiento de energía eléctrica.

En este mismo sentido, usualmente se abstiene de argumentar para demostrar la proporcionalidad de las medidas, y asume acríticamente que las disposiciones en cuestión son razonables o proporcionales.

Un caso que ejemplifica este fenómeno es la sentencia 024-10-SCN-CC. En este fallo la Corte debía determinar la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Tránsito que permite la realización de audiencias sin la comparecencia del procesado cuando estas no se han realizado en dos ocasiones por causas imputables a aquel. Para tal efecto, la Corte anuncia la utilización del test de razonabilidad e indica claramente cuáles son los pasos que deben seguirse. Sin embargo, antes de proceder al test, la Corte presume la irrazonabilidad e incompatibilidad del juicio en ausencia del derecho al debido proceso, y asume que esta irrazonabilidad es evidente; cuando posteriormente emprende la utilización del test, se limita entonces a ratificar la idea que había asumido de antemano: que la medida es inconstitucional. En definitiva, la Corte presupone lo que debería demostrar.

Una tercera falla consiste en desconocer la estructura misma de la ponderación y del test de razonabilidad. En el caso de la ponderación, por ejemplo, la Corte ha pasado por alto dos cuestiones cruciales: por un lado, que los principios en colisión no solo tienen un peso específico en el caso concreto, sino también un peso abstracto que debe ser valorado y tenido en cuenta en el ejercicio ponderativo; y por otro lado, que aunque la ponderación siempre se refiere a casos específicos de colisión normativa, el resultado debe ser una regla jurisprudencial que resuelve el

conflicto para una hipótesis fáctica específica, que puede ser utilizada posteriormente para resolver casos análogos.

En efecto, para establecer la prevalencia condicionada entre dos derechos o principios que colisionan en un caso particular, se debe valorar la importancia de la satisfacción de cada uno de ellos en la hipótesis específica puesta a consideración del juez, pero también el peso abstracto de cada uno de ellos. La famosa fórmula del peso incluye estos dos tipos de valoraciones. Sin embargo, la Corte ecuatoriana ha entendido erróneamente que todos los derechos tienen exactamente el mismo peso abstracto, y aún más, ha pasado por alto este componente de la fórmula del peso. Es por este motivo que sistemáticamente se abstiene de considerarlo en los respectivos ejercicios ponderativos.

De igual modo, la Corte supone que la ponderación tiene por objeto exclusivo resolver una colisión normativa en los casos particulares, cuando en realidad, de su utilización debe resultar una regla jurisprudencial que resuelva el conflicto para la hipótesis abstracta respectiva, que puede ser aplicada posteriormente en casos iguales o similares. Por este motivo, después de cada ejercicio ponderativo siempre debería resultar una regla de prevalencia condicionada para una cierta tipología de casos; y las hipótesis análogas que se presenten deberían ser resueltas, no a partir de una nueva ponderación, sino a partir de la aplicación de este precedente judicial. No obstante, la Corte ha entendido que la ponderación tiene únicamente esta vocación concreta.

Finalmente, y esta es quizás la falencia más grave, la Corte no ha hecho uso efectivo ni de la ponderación ni del test de razonabilidad. Lo que ha ocurrido es que la Corte anuncia que se va a valer de estas metodologías para resolver determinados problemas jurídicos, pero a la hora de la verdad no las utiliza. Aparece entonces una gran disparidad entre la retórica de las sentencias, todas llenas de grandes consideraciones sobre la necesidad de apelar a nuevas técnicas argumentativas, y su inutilización en la práctica.

Varios casos ilustran claramente esta problemática. En la sentencia 002-08-SI-CC, en la que se debía establecer el sistema de designación del primer Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Corte debía resolver el conflicto entre el texto constitucional y el régimen de transición, pues mientras en un caso se atribuye esta función al Consejo Nacional Electoral, en el otro se atribuye a la Asamblea Nacional (Comisión Legislativa). En estas circunstancias, la Corte enfatiza la necesidad de la ponderación para resolver los conflictos constitucionales.

Pero a pesar del anuncio, la Corte emprende una dinámica argumentativa diferente. En lugar de apelar a la prestigiosa ponderación, se vale de una interpretación teleológica del texto constitucional y del clásico criterio de especialidad como mecanismo de resolución de conflictos normativos. En efecto, con una corta pero contundente estrategia argumentativa, la Corte sostiene que el régimen de transición y el cuerpo del texto constitucional tienen ámbitos de aplicación temporal diferentes: el régimen de transición, en el que se establece que la selección de los

miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social corresponde a la Asamblea, debe ser aplicado durante el periodo de transición, mientras que el cuerpo del texto constitucional, en el que se atribuye dicha función al Consejo Nacional Electoral, opera una vez finalizado dicho periodo y una vez dictada la ley correspondiente. Un entendimiento diferente sería incompatible con una interpretación teleológica de la Constitución que pretendía precisamente garantizar la independencia y la transparencia en la selección y designación de los órganos estatales al permitir el “contubernio” entre los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y el Consejo de Participación Ciudadana. De este modo, a pesar del anuncio sobre la utilización de las novedosas y especiales metodologías argumentativas, la Corte resuelve inteligente y contundentemente el problema a partir de las herramientas tradicionales de interpretación.

En la sentencia 001-09-SCN-CC ocurre algo semejante. Allí debía definir la constitucionalidad de la disposición del Código Penal que autorizaba la práctica de pruebas por parte del juez en casos de urgencia. A juicio de la Corte, esta medida es potencialmente atentatoria del derecho al debido proceso, al alterar la regla básica que atribuye a los fiscales la función de investigación y acusación, y a los jueces la de juzgamiento; de igual modo, implica la colisión entre dos tipos de derechos: los derechos de las víctimas, y los derechos de los imputados. Por tal motivo, en el fallo se anuncia la utilización del test de razonabilidad y de la ponderación. Pese al anuncio, la Corte demuestra que la disposición acusada no vulnera el derecho al debido proceso, tal como se encuentra configurado en la Constitución de 2008 y en el derecho internacional de los derechos humanos; específicamente, se argumenta que la práctica de pruebas por parte del juez en casos excepcionales no vulnera el artículo 76.4 del texto constitucional. En definitiva, pese al discurso contenido en el fallo que parece vincular la justificación de la decisión a la utilización del test de razonabilidad, en realidad se termina adoptando la decisión a partir de las teorías del contenido esencial de los derechos.

Esto mismo ocurre en la sentencia 002-09-SIC-CC, en la que la Corte se pronunció sobre el conflicto suscitado entre el registrador de la Propiedad del cantón Santa Elena y Petroecuador, cuando aquel se negó a registrar la transferencia del dominio de tierras comunitarias que habían sido consideradas como de utilidad pública para la construcción del Terminal de Almacenamiento y Distribución de GLP para la zona sur del país. El registrador argumentó que según el artículo 57 del texto constitucional las tierras comunitarias son indivisibles, por lo cual no podía registrar la división del inmueble, pese a la loable finalidad de la respectiva división; por su parte, Petroecuador se sustentó en los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución, que se refieren a la prevalencia del interés general sobre el particular, y a los sectores estratégicos de la economía nacional.

Frente a esta problemática, la Corte plantea un conflicto entre el artículo 57 y los artículos 313, 321 y 323 del texto constitucional, y enfatiza la necesidad de resolverlo mediante la técnica de la ponderación. En el cuerpo de la sentencia, sin embargo, no se utiliza en ningún momento dicha metodología, sino que sin mayor esfuerzo argumentativo se concluye que en el caso particular debe prevalecer el

interés general sobre el particular, y que la existencia de sectores estratégicos se impone a la indivisibilidad de las tierras comunitarias. Con fundamento en ello ordena el cuestionado registro.

Algo semejante ocurre en las sentencias 0001-09-SCN-CC, 0022-2009-RA, 002-10-SEP-CC, 004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 002-10-SIC-CC, 024-10-SCN-CC, 005-09-SEP-CC, 006-09-SEP-CC y 008-09-SEP-CC, en todas las cuales renuncia al test y a la ponderación, pese a haberlos anunciado previamente.

4. CONCLUSIONES

Esta revisión general de las dinámicas de intercambio deja abiertas varias preguntas.

En primer lugar, pareciera que tanto los operadores jurídicos como la academia han eludido la cuestión sobre la posibilidad y la necesidad misma de la construcción de un constitucionalismo global. Se ha presumido acríticamente su viabilidad y necesidad, sin haber indagado de manera previa por sus condiciones de posibilidad, efectos, impacto en el reconocimiento y protección efectiva de los derechos, y ventajas frente a otras formas de producción jurídica. A pesar de la abundante literatura en torno a fenómenos como el diálogo y la recepción, las denominadas “referencias cruzadas”, los intercambios informales entre operadores, las conformación de redes transnacionales, entre otros, poca es la reflexión sobre esta cuestión preliminar de la cual dependen todas las demás.

En segundo lugar, la comprensión de este fenómeno se ha efectuado, o bien a partir de casos específicos “exitosos” de aproximación que no reflejan una realidad generalizada, o bien a partir de ideas preconcebidas sobre la globalización del derecho. En cualquiera de estas dos hipótesis la representación de estos procesos es inadecuada. Así, mientras los operadores y la teoría jurídica asumen que la citación de precedentes foráneos constituye una manifestación clara e inequívoca de la globalización, el análisis de fallos concretos demuestra el poco o nulo acercamiento entre los sistemas jurídicos. Mientras los operadores y la teoría jurídica suponen que se trata de una evolución lineal y uniforme que se extiende progresivamente a todo el derecho, el examen de casos específicos revela que se trata de procesos altamente complejos y desestructurados. Mientras los operadores y la teoría jurídica se refieren con frecuencia a los “diálogos” entre sistemas jurídicos, la exploración de procesos particulares revela la existencia de dinámicas unilaterales e impositivas ligadas a relaciones asimétricas de poder económico, político y cultural.

Finalmente, las limitaciones de estos discursos ponen en evidencia no solo la necesidad de replantear la doctrina sobre la globalización del derecho ajustándola a las reales dimensiones del proceso, sino también la de reevaluar la forma en que se construye la teoría jurídica en nuestro medio. Varias falencias pueden ser advertidas, todas ellas relacionadas entre sí. De un lado, es indiscutible el carácter

eminentemente conceptualista de la teoría del derecho, que pasa por alto los estudios de campo que permiten develar el funcionamiento concreto y efectivo de los sistemas jurídicos; en este sentido, la construcción de la teoría debería estar acompañada de estudios empíricos que sirvan como referentes para su elaboración y valoración. De otro lado, las consideraciones anteriores muestran la ausencia de construcciones teóricas ajustadas al contexto específico que pretende ser explicado e interpretado; lo que normalmente ocurre es la adopción de modelos conceptuales foráneos, incapaces de dar cuenta de la propia realidad. Y finalmente, también es posible advertir la ausencia de reflexión crítica; normalmente se adoptan y aplican ingenuamente modelos teóricos considerados de vanguardia, pasando por alto el necesario ejercicio previo de análisis y examen.

Así, el ejercicio anterior invita no solo a la reelaboración de la doctrina sobre la globalización, sino fundamentalmente a la forma en que construimos esta y todas las demás teorías.

BIBLIOGRAFÍA

AECKERMAN, Bruce, "The rise of world constitutionalism", en *Virginia Law Review* 83-4 (1970) pp. 771-797.

ESCOBAR GARCÍA, Claudia, "Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador", en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

ESCOBAR GARCÍA, Claudia, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Corte Constitucional del Ecuador – Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 72-100.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IIJ-UNAM, IIDC, 2010, pp. 403-430.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004.

- SAGÜES, Néstor Pedro, "El 'control de convencionalidad' como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?*, IIJ-UNAM, IIDC, 2010, pp. 403-430.
- SHAPIRO, Ian, *El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción*, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 31 (2008) pp. 437-463.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, "Judicial Globalization", en *Virginia Journal of International Law* 40 (2000).
- SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, New Jersey, 40 (2004), pp. 1103-1124.
- TUSHNET, Mark, "The inevitable globalization of constitutional law", en *Virginia Journal of International Law* 9-6 (2009), Hague Institute for the Internationalization of Law, Harvard Public Law Working Paper.
- UPRIMNY, Rodrigo, "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos", en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6 (2007), pp. 52-69.
- WEISSBRODT, David, "Globalization of Constitutional Law and Civil Rights", en *Journal of Legal Education* V-43 (1993).
- WEN-CHEN, Chang, "The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions", en *Penn State International Law Review* 27. 1 (2008), pp. 89-124.

JURISPRUDENCIA

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Corte IDH, caso *Fermin Ramírez vs Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126.
- Corte IDH, caso *Caesar vs Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, Serie C, núm. 133.
- Corte IDH, caso *Fermin Ramírez vs Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, núm. 126.
- Corte IDH, caso *Reverón Trujillo vs Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009, Serie C, núm. 197.

Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador

Sentencias sobre control constitucional de estados de excepción: 001-08-SEE-CC, 001-09-SEE-CC, 002-09-SEE-CC, 003-09-SEE-CC, 004-09-SEE-CC, 0001-09-SEE-CC, 001-10-SEE-CC, 002-10-SEE-CC, 003-10-SEE-CC, 004-10-SEE-CC, 005-10-SEE-CC, 006-10-SEE-CC, 007-10-SEE-CC, 008-10-SEE-CC, 009-10-SEE-CC, 011-10-SEE-CC, 012-10-SEE-CC, 013-10-SEE-CC, 014-10-SEE-CC, 015-10-SEE-CC, 016-10-SEE-CC, 017-10-SEE-CC, 018-10-SEE-CC y 019-10-SEE-CC.

Sentencias sobre la ponderación y el test de proporcionalidad: 002-10-SIC-CC, 0020-09-IC, 002-08-SI-CC, 002-08-SI-CC, 009-09-SEP-CC, 0022-2009-RA, 0004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 004-09-SEE-CC, 002-10-SIC-CC, 0020-09-IC, 002-08-SI-CC, 002-08-SI-CC, 009-09-SEP-CC; 0022-2009-RA, 0004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 004-09-SEE-CC, 0003-10-SEE-CC, 0007-10-SEE-CC, 004-09-SEE-CC; 024-10-SCN-CC, 0001-09-SCN-CC, 0022-2009-RA, 002-10-SEP-CC, 004-09-SAN-CC, 0029-06-TC, 002-10-SIC-CC, 024-10-SCN-CC, 005-09-SEP-CC, 006-09-SEP-CC y 008-09-SEP-CC.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencias T-826/11; T-195/11; C-442/11; C-264/11; C-257/11; C-256/11, C-255/11; C-254/11; C-253/11, C-252/11, C-251/11; C-245/11; C-244/11/; C-243/11; C-242/11; C-241/11; C-240/11; C-219/11; C-218/11; C-217/11; C-216/11; T-184/11; C-912/10; C-911/10; C-884/10; C-843/10; T-784/10; C-399/10; C-374/10; C-332/10; C-302/10; C-298/10; C-297/10; C-292/10; C-291/10; C-289/10; C-288/10; C-255/10; C-254/10; C-252/10; C-146/10; SU-811/09; C-284/09; C-283/09; C-239/09; C-257/09; C-255/09; C-254/09; C-252/10; C-226/09; C-225/09; C-224/09; C-176/09; C-172/09; C-073/09; C-145/09; C-135/09; C-136/09; C-071/09; C-070/09; C-280/07; C-934/06; C-355/06; C-1001/05; C-802/02; C-200/02; C-040/02; C-774/01; C-010/00; C-582/99; C-191/98; C-411/97; C-358/97; C-135/96; C-225/95; C-133/94; C-142/93.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973); Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth, 428 U.S. 476 (1976); Bellotti v. Baird I, 428 U.S. 132 (1976); Maher v. Roe, 432 U.S. (1977); Beal v. Doe, 432 U.S. (1977); Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979); Bellotti v. Baird II, 428 U.S. (1979)M; Harris vs. McRae, 448 U.S. 297 (1980); H.L. v. Matheson, 430 U.S. 398 (1981); City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983); Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri v. Ashcroft, 462 U.S. 476 (1983); Simpoulos v. Virginia, 462 U.S. 506 (1983); Thornburgh v. American Collage of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986); Hartigan v. Zbaraz, 484 U.S. 171 (1987); Hodgson v. Minnesota, 497 U.S. 417 (1990); Ohio v. Akron Center for Reproductive Health, 497. U.S. 502 (1990); Planned Parenthood

of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992); Fargo Women`s Health Organization v. Schafer, 113 S. Ct. 1668 (1993); Planned Parenthood v. Casey, 114 S.Ct. 909 (1994); Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 114 S.Ct. 909 (1994); Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000); Gonzalez v. Carhart, 127 S.Ct 1610 (2007).

LEGISLACIÓN INTERNA

Constituciones Políticas de Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú.

Ley Orgánica de Control Constitucional y Garantías Jurisdiccionales del Ecuador.

Código Penal colombiano.

TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).

Declaración de los Derechos del Niño.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Observación General No. 13 al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Observación General No. 14 del Comité de DESC.

Observación General No. 6 (el derecho a la vida) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Recomendación General No. 19 del Comité de la Cedaw (violencia contra la mujer).

Dictámenes del Comité de Derechos Humanos: 20 de julio de 2001, caso Cesario Gómez Vásquez vs Reino de España, comunicación No. 701/1996/69/D/701/1996; 23 de junio de 1997, caso Michael y Brian Hill vs España, comunicación No. 526/1993 (CCPR/C/59/D/526/1993); 30 de julio de 2003 (caso Joseph Semey vs. España); 7 de agosto de 2003 (caso Manuel Sineiro Fernández vs España); 15 de noviembre de 2004 (caso José María Alba Cabriada vs España); 25 de mayo de 2005 (Antonio María Fernández vs España); 13 de mayo de 2003

(caso Luis Pascual Estevill vs España); 10 de mayo de 2005 (caso Parra Corral vs España); 16 de agosto de 2005 (caso Luis Bertelli Gálvez vs España); 16 de agosto de 2005 (caso Luis Cuartero Casado vs España); 21 de noviembre de 2005 (caso Héctor Luciano Carvallo Vilar vs España).

OTROS

Documentos DS58/R, DS58/AB/R, DS58/RW y DS58/AB/RW de la Organización Mundial del Comercio (OMC).