

Claudia Escobar García

NUEVO
DERECHO
ECUATORIANO | 1

Transconstitucionalismo y diálogo jurídico

Corte Constitucional para el Período de Transición
Quito - Ecuador

NUEVO DERECHO ECUATORIANO n.º 1

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Transconstitucionalismo y diálogo jurídico

Claudia Escobar García

Quito - Ecuador



Escobar García, Claudia
Transconstitucionalismo y diálogo jurídico / Claudia Escobar García. Quito: Corte
Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Nuevo Derecho Ecuatoriano, 1)

232 p.; 15x21 cm + CD-ROM

ISBN:

Derechos de autor: 037447

1. Jurisprudencia constitucional - Ecuador. 2. Derecho constitucional - Ecuador I. Escobar,
Claudia. II. Título. III. Serie.

CDD21: 342.02648 CDU: 342.565.2(866) LC: KHK2921.E83 2011 Cutter-Sanborn: ES74

Catalogación en la fuente: Biblioteca Corte Constitucional

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director ejecutivo del CEDEC

Dunia Martínez Molina
Coordinadora de publicaciones del CEDEC

Claudia Escobar García
Autora

Miguel Romero Flores
Corrector de estilo

Eduardo Bayas Sánchez
Diseño de portadas

Corte Constitucional
Av. 12 de Octubre N16-114
y pasaje Nicolás Jiménez, 2º piso.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec

Imprenta: RisperGraf C.A.
Quito, Ecuador, noviembre 2011

*Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte
Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*

Índice

Presentación	9
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Estudio introductorio	15
<i>Angélica Porras Velasco</i>	
Introducción de la autora	27

CAPÍTULO I

LOS PROCESOS DE APROXIMACIÓN Y CONVERGENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

1. Introducción	53
2. El interés del constitucionalismo ecuatoriano en el intercambio jurídico	56
2.1. La asistencia y realización de eventos académicos de intercambio jurídico	56
2.2. Los procesos de aproximación jurídica en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	59
2.3. La citación de instrumentos normativos foráneos en la jurisprudencia constitucional	68
3. Los límites a los procesos de aproximación normativa en el constitucionalismo ecuatoriano	71
3.1. Ausencia de continuidad en los procesos de recepción entre las distintas fuentes del derecho	72
3.2. Recepción acrítica de instituciones foráneas	83

3.3. Malentendidos e incomprensiones en la recepción del derecho foráneo	87
3.4. Recepción desestructurada del derecho foráneo	100
3.5. Carácter retórico de los procesos de aproximación jurídica	105
4. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada	108

CAPÍTULO 2

LOS COMPONENTES DEL DERECHO INVOLUCRADOS EN EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Introducción	133
2. Los componentes del derecho en el marco de la globalización del constitucionalismo ecuatoriano	146
3. Las fuentes formales involucradas en el proceso de globalización del derecho constitucional	150
4. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada	152

CAPÍTULO 3

LOS PROCESOS DE DIÁLOGO Y DE RECEPCIÓN EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

1. Introducción	161
2. El constitucionalismo ecuatoriano en el marco de los procesos de diálogo y recepción entre sistemas jurídicos	170
2.1. La participación del constitucionalismo ecuatoriano en los foros globales y regionales	171
2.2. La interacción y las “referencias cruzadas” entre las cortes constitucionales ecuatoriana y colombiana	178
3. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada	185

Conclusiones	189
-------------------------------	------------

Bibliografía	195
-------------------------------	------------

- Anexo 1.
Asistencia a eventos académicos del personal de la Corte Constitucional (2002-2010)
- Anexo 2.
Entrevistas a operadores jurídicos de la Corte Constitucional sobre asistencia, participación y realización de eventos académicos
- Anexo 3.
Listado de foros globales y regionales efectuados por la Universidad de Yale, la Asociación internacional de Derecho Constitucional y la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional
- Anexo 4.
Participación en el “Global Constitutionalism Seminar” (Universidad de Yale).
- Anexo 5.
Participación en foros de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.
- Anexo 6.
Participación en la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.
- Anexo 7.
Eventos académicos promovidos por la Corte Constitucional del Ecuador (2002-2010).
- Anexo 8.
Planta docente del diplomado en Derecho Constitucional de la Universidad Central del Ecuador y Corte Constitucional (2010).
- Anexo 9.
Cuadro de influencias directas de sistemas constitucionales foráneos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Los archivos de los anexos 1 al 9 se encuentran en el CD-ROM adjunto.

- Anexo 10. Listado de citaciones de sistemas constitucionales foráneos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (2009-2010). 209
- Anexo 11. Citación porcentual de sistemas constitucionales foráneos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. 219
- Anexo 12. Citación explícita del sistema jurídico ecuatoriano en los fallos de la Corte Constitucional de Colombia (1992-2010). 220
- Anexo 13. Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador sobre estados de excepción (2008-2011). 221
- Anexo 14. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre estados de excepción (2008-2011). 222
- Anexo 15. Cuadro comparativo de reglas jurisprudenciales de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador, en materia de control constitucional de los estados de excepción. 225
- Anexo 16. Inventario de fallos judiciales de la Corte Constitucional del Ecuador con mención del test de razonabilidad o de la ponderación. 228
- Anexo 17. Inventario de falencias en la utilización del test de razonabilidad y de la ponderación frente a su formulación clásica. 228

Presentación

En los últimos 15 años, Ecuador se ha enfrentado a una aguda crisis y a un proceso de cambio social y político sin precedentes, que nos ha llevado a replantear, por lo menos en la retórica, tanto el modelo económico, la forma de organizar y entender la política y a una valoración distinta del proceso de cambio social. En ese contexto mucho se ha discutido, por ejemplo, sobre la necesidad de reinstitucionalizar el país y refundar la forma en que tradicionalmente se ha ejercido el poder en esta parte del mundo.

Para poder llevar a cabo con éxito este replanteamiento y el proceso de reinstitucionalización resultante, es indispensable contar con información adecuada y con pesquisas e investigaciones que no solo describan la necesidad social de los ecuatorianos, sino que valoren críticamente los resultados de este proceso a lo largo del tiempo. Y justamente a ello se han dedicado muchos de los trabajos académicos producidos en el país en la última década que enfocan el problema desde las ciencias sociales que, pese a su crisis paradigmática,¹ en nuestro país sigue dando información y puntos de vista desde la economía, la sociología, la antropología y la ciencia política. En el caso del último proceso constituyente, sus causas, consecuencias y limitaciones han sido analizadas por los politólogos, sociólogos y economistas los que mayor información nos han aportado. Esto, sin embargo, no ocurre con la ciencia jurídica y los juristas, quienes en el país

1 Wallerstein, Emmanuel. *Abrir las ciencias sociales*. México, Siglo XXI Editores, 2006, pp. 76 ss.

han generado muy poca información analítica y crítica, salvo las tradicionales exégesis normativas, sobre las implicaciones del cambio constitucional a nivel jurídico.

Aun así, en el plano de lo que podríamos llamar teoría jurídica, en los últimos tiempos en Ecuador mucho se nos ha hablado sobre el neo o nuevo constitucionalismo. De hecho, según sus redactores, la Constitución de 2008 se justifica ideológica y teóricamente en el garantismo constitucional, lo que implica una materialización de la norma constitucional a partir de ciertos rasgos importantes, aunque no los únicos: la consideración de la Constitución como norma directamente aplicable y la positivización de la ética de los derechos humanos convertidos ahora en la finalidad última del poder del Estado, que tiene como propósito el cumplimiento efectivo de los derechos. En nuestro país esta adscripción entusiasta al neoconstitucionalismo obedece, no solo a una decisión pragmática relacionada con la necesidad de dar respuestas políticas retóricamente eficaces a la coyuntura social y económica del país, sino que se relaciona con una convicción ideológica y teórica de muchos protagonistas del proceso constituyente sobre la necesidad de vincular efectivamente el ejercicio del poder del Estado a los parámetros y fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos y a su desarrollo dogmático y jurisprudencial.

Esta adscripción a las teorías neoconstitucionalistas y a los fundamentos del discurso de los derechos humanos en el texto constitucional vigente, por parte de los juristas no es un proceso automático ni unidireccional; tampoco puede decirse que hayan sido o sean exitosos en su conjunto. De hecho, para muchos analistas y conocedores del proceso jurídico ecuatoriano, la actual hegemonía de los planteamientos neoconstitucionales ha propiciado mayores índices de desinstitucionalización y anomia social de lo que había generado el positivismo anterior, debido a la ausencia de preparación de los actores, particularmente de los jueces, para llevar adelante el proceso de constitucionalización del derecho. Cualquiera sea nuestra valoración sobre este proceso de cambio paradigmático en lo jurídico; lo cierto es que, sin embargo, faltan datos y estudios serios que nos permitan hacer un balance objetivo sobre la profundidad y efectos del proceso. Uno de los elementos que más desconocemos y sobre el que tenemos una imagen más borrosa e imprecisa, en relación con este supuesto cambio de

paradigma, es el de la forma y las condiciones en que se ha generado y desenvuelto la recepción del neoconstitucionalismo como teoría transnacional del derecho influyente en nuestra realidad. En efecto, no sabemos bien ni cómo, ni cuándo, ni por qué se han acogido ciertos conceptos jurídicos, ni por qué se han desechado otras alternativas que podrían aportar elementos interesantes para el análisis de lo jurídico en contextos como el nuestro.

Para los defensores del neoconstitucionalismo,² este término refleja una nueva ideología y teoría jurídica que explica el nuevo papel de la Constitución en la configuración y en el funcionamiento del Estado de Derecho; que si bien no es unívoca, pues existen pluralidad de expresiones y formas de neoconstitucionalismo,³ si reflejan una preocupación común por encontrar una respuesta a los retos éticos que plantea la existencia y aplicación del derecho. En ese sentido para algunos autores que defienden la teoría neoconstitucional existen por lo menos tres niveles de análisis que justifican o permiten hablar del término. En primer lugar, existen constituciones y textos constitucionales que tienen rasgos en común y que pueden legítimamente ser llamadas neoconstitucionalistas; es el caso de las constituciones materialmente sustanciales, surgidas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, que no se limitan a establecer competencias o a separar poderes, sino que incluyen un modelo axiológico fuerte que las determina y las define. Hay también importantes desarrollos teóricos que explican y crean el fenómeno jurídico contemporáneo y que están vinculados a un proyecto de crítica al positivismo ideológico y a la superación del constitucionalismo conservador a partir de análisis novedosos sobre la función y estructura de los derechos; y finalmente en ocasiones existen también desarrollos jurisprudenciales que reflejan tanto las normas como la teoría progresista del derecho.

Se sabe que los procesos exitosos de cambio social siempre han ido acompañados de procesos de reflexión y de construcción de la lógica y de la retórica de la transformación política. Así ocurrió con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, con el imperialismo y el nacionalismo en el

2 Carbonell, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid, Editorial Trotta, 2007, pp. 9 y 10.

3 Véase Camanducci, Paolo. “Formas de neoconstitucionalismo un análisis metateórico”. *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Miguel Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 75 ss.

siglo XIX o con las revoluciones rusa y mexicana en el siglo XX, que construyeron aparatos ideológicos y de propaganda basados en el desarrollo de una intelectualidad orgánica que dio sentido y definió claramente las líneas del proceso de cambio. En nuestro caso poco conocemos sobre la verdadera normatividad de nuestra Constitución, y menos sobre el nivel de desarrollo y corrección de la jurisprudencia en relación con los postulados teóricos generales que se dicen defender. Falta en el país un proceso de investigación jurídica seria, que desde las condiciones metodológicas de la *ciencia del derecho* nos permita dilucidar el grado de desarrollo y los límites de nuestro nuevo sistema jurídico.

Y esta es justamente la razón de existencia del proyecto de investigación jurídica que a partir de la aprobación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) viene desarrollando la Corte Constitucional para el Período Transición de la mano del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. Los legisladores ecuatorianos llegaron a la conclusión de que para el cumplimiento eficaz de la tarea de la Corte como impulsora del proceso de constitucionalización del derecho era necesario crear un mecanismo de generación de conocimiento alrededor del ejercicio de su función. En este momento, después de más de año y medio de trabajo, el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional presenta los primeros resultados de su esfuerzo de análisis y crítica del proceso de cambio constitucional; lo hace con una obra de la constitucionalista colombiana, radicada en Ecuador, Claudia Escobar, quien con valentía y desde la perspectiva del análisis jurídico comparado, examina el proceso de recepción y desarrollo de uno de los elementos esenciales del neoconstitucionalismo: la constitucionalización del discurso de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El libro que usted tiene en sus manos es un estudio serio y bien fundamentado del proceso de recepción del nuevo constitucionalismo en Ecuador, sin duda propiciará nuevos debates y perspectivas sobre un campo todavía virgen de reflexión y crítica teórica. Las conclusiones de la obra son muy significativas, aunque también en muchos casos duras para quienes militamos en el nuevo constitucionalismo. A juicio de la investigadora, más allá de discursos y retóricas de contenido político el proceso de constitucionalización del derecho y la implementación de los postula-

dos del neoconstitucionalismo en nuestro país, siguen teniendo un contenido más simbólico que real tanto en la legislación como —lo que es peor— en la jurisprudencia, dado el papel que deben cumplir los jueces constitucionales en el nuevo modelo, pues una cosa son los discursos constitucionales y otra las prácticas jurídicas y las formas argumentativas reales que se han desarrollado en el país en los dos últimos años, que según la investigación, no son totalmente compatibles con el discurso neoconstitucionalista y, en muchos casos, siguen ancladas en el pasado, no porque se considere que la teoría jurídica ecuatoriana previa a la Constitución, fundamentalmente formalista, tenga los méritos suficientes para merecer una defensa a ultranza, cuanto por falta de mayor rigor y profundidad en el uso de las categorías teóricas neoconstitucionalistas por parte de quienes defendemos esta manera de ver el derecho.

Sin embargo, el hecho de que la publicación de este estudio y los resultados obtenidos, todavía sean poco halagadores y complacientes respecto del desarrollo *iusteórico* nacional posterior a la entrada en vigencia de la Constitución; especialmente en lo que toca a la justicia constitucional y a la labor de la actual Corte Constitucional para el Período de Transición, esta circunstancia antes que generar en nosotros una reacción sentimental o afectiva de descalificación o de defensa a ultranza de nuestras convicciones, nos debe llevar a conclusiones serias y ponderadas, que reflejen cabalmente nuestra convicción sobre qué es y cómo debe ser el derecho en nuestro país.

Así, por ejemplo, a mi modo de entender, la publicación de la obra de Claudia Escobar marca un camino claro y delimita la senda de lo que debe constituir la política pública en investigación en el país. Este ha sido un proceso de investigación serio, metodológicamente solvente, pluralista y transparente, donde más allá de nuestra cercanía ideológica y teórica con la autora de la investigación y de que los resultados obtenidos nos ofendan o nos confronten; en todo caso resulta altamente positivo porque es una oportunidad para mirarnos al espejo de la crítica y reconocer en él la seriedad y el valor de los argumentos planteados; y nos obliga a una autocritica que examina y cuestiona tanto lo que hemos hecho bien, lo que hemos hecho mal y, sobre todo, lo que nos falta por hacer para alcanzar nuestros objetivos de institucionalizar el nuevo derecho en el país y lograr que este recupere su carácter y su naturaleza emancipatoria.

En suma, la gran lección aprendida en este primer proceso de investigación aplicada respecto de nuestro nuevo modelo jurídico es importante porque, además de darnos información sobre nuestro trabajo diario, mide nuestra capacidad de aprender las lecciones necesarias para corregir el rumbo si es que después de un proceso de debate llegamos a la conclusión de que ese cambio es necesario y nos demuestra la importancia que tiene la investigación seria y responsable para el desarrollo institucional.

Juan Montaña Pinto
Director Ejecutivo del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

Estudio introductorio

Angélica Porras Velasco*

Hacer un estudio introductorio para el libro de Claudia Escobar tiene al menos dos gratificantes tareas, la una interpretar las ideas, críticas y pensamiento de una constitucionalista mujer y, la segunda, (re)leer nuestra justicia constitucional vista desde afuera. Como sabemos, la tradición del constitucionalismo ecuatoriano ha contado con pocas voces femeninas y, a pesar de los innegables avances de las constituciones ecuatorianas de los últimos tiempos, respecto de la igualdad de género, todavía quedan espacios en los que la participación de las mujeres o es escasa o no es valorada debidamente, uno de estos precisamente es el de la teoría constitucional. Resulta interesante revisar el devenir de la justicia constitucional desde la posición de análisis de la autora, cabe anotar que ella no ha sido parte de la Corte Constitucional, no ha estado directamente involucrada en su cotidianeidad, tal vez esa sea precisamente la garantía más importante de un trabajo comprometido solo con la rigurosidad académica y no con posturas ideológicas ni políticas específicas.

En ese orden de ideas, antes de iniciar el análisis del texto nos gustaría retomar una reflexión de Jean Baudrillard respecto del papel del pensamiento en el mundo. El filósofo francés sostiene: “ésta es la función provocadora del pensamiento, no hacerse ilusiones respecto de su función crítica ni respecto de su «compromiso», pero llevando la imaginación del fin a sus últimas consecuencias”.¹ Baudrillard habla del fin refiriéndose al

* Coordinadora del área de investigación e investigadora del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

1 Baudrillard, Jean. *El paroxista indiferente*. Barcelona, Anagrama, 1998, p. 41.

desvanecimiento total del sistema moderno, en ese sentido nos parece importante proyectar el derecho, y, obviamente el constitucionalismo, en tiempos de crisis de la modernidad, de su razón, pero también con la urgencia de mirar a otros mundos y alteridades que dentro de nuestra propia realidad se mantuvieron ocultos.

La necesidad de retomar a Baudrillard, en cuanto su anuncio del papel del pensamiento, situado en lo jurídico, sería pensar en el constitucionalismo quizá no en el final sino en el cruce de la extinción de Occidente—como el autor menciona— y el resurgimiento de otras culturas que nunca terminaron de ser modernas aunque incorporaron ciertos elementos de modernidad. El caso paradigmático es quizá Latinoamérica.

Estas digresiones son relevantes porque este texto habla de derecho, pero también de globalización, poder, democracia y diálogo, entonces se anuncia su complejidad y su profundidad, pero lejos de lo que podría pensarse es un documento claro, directo y sobre todo con suficiente evidencia empírica que fundamenta todo lo que se dice. Aunque una primera mirada haría pensar que es un texto “duro” y “muy crítico” con la Corte, es un examen necesario para situar nuestros logros, pero también nuestros retrocesos.

Hay un sinfín de razones además de las anteriores para estudiar, aprehender y reflexionar sobre este libro. Con el fin de ubicar los aportes más sustanciales de este trabajo intentaremos a continuación recoger los mismos en un contexto más bien analítico. La autora se plantea tres grandes interrogantes, a las que responde en cada capítulo. Así, se pregunta: 1) ¿Cómo se ha realizado la aproximación del constitucionalismo ecuatoriano con otros sistemas constitucionales? 2) ¿Cuáles son los componentes del derecho que son objeto del intercambio jurídico? 3) ¿Los procesos de intercambio son horizontales, basados en el diálogo, o se trata de dinámicas verticales de imposición?

Para situar adecuadamente estos cuestionamientos hay que evidenciar la premisa subyacente en todo el texto, la aceptación del proceso globalizador como un hecho incuestionable, en varios momentos del libro se habla de globalización aunque en ninguno se explicita los contornos de tan polémico término, mucho menos su caracterización. En ese sentido vamos a dedicar algunas líneas a ese punto.

Nos gustaría retomar la diferenciación que hace Baudrillard sobre mundialización y universalidad. Para este pensador, en el primer término estamos hablando de una desaparición de las diferencias a favor de la mera “circulación de intercambios”, es decir, la mundialización es propia del mercado, el turismo, la información, etc.; en cambio en la universalización están los valores, derechos, libertades, democracia, que pretenden convertirse en comunes para todos.² En este punto, al parecer la autora sitúa lo que denomina la globalización del derecho. Sin embargo, retomando al mismo Baudrillard hace falta aclarar que este conjunto de valores que corresponde a Occidente (los que conformarían la universalidad) enfrentan una paradoja, ya que son el resultado de una cultura específica no se conciben a sí mismos como relativos y “se ofrecen con total ingenuidad, como la superación ideal de todos los demás”.³ Esto traería aparejado, según Baudrillard, el germen de su propia destrucción, es decir, su destino —el de los valores occidentales— sería su desaparición ya que para imponerse a todos tendría que reducirse al mínimo: “el destino que cualquier valor [de Occidente] es la elevación a lo universal, sin medir el peligro mortal que constituye este progreso [...] mucho más que una elevación es una reducción o también una elevación al grado cero del valor”.⁴ Ejemplos de esto se los encuentra en la noción de democracia o en la de derechos humanos.

Es decir, si aceptamos que la globalización del derecho es la necesidad o el hecho de que se aproximen los ordenamientos jurídicos entre sí, necesariamente nos enfrentaremos a la idea de que solo ciertos valores serán los universales y, por tanto, transferibles: los occidentales con lo que o bien estamos destinados al grado cero del valor de esos principios, o bien los convertimos en meras técnicas aptas para el intercambio mundializador.

A pesar de ser este el único elemento inconcluso del trabajo, sin embargo, hay que reconocer que la autora desarrolla múltiples críticas a la noción más “ingenua” de globalización del derecho como universalidad. A pesar de este esfuerzo, esta no logra ser abandonada, y en todo el

2 *Ibid.*, pp. 23 ss.

3 *Ibid.*, p. 24.

4 *Ibid.*, p. 25.

texto se puede encontrar la idea subyacente de que la globalización es innegable, deseable e inevitable, sin explicar el papel o el contenido de esos valores.

Ahora bien, aceptando que esa parte no está resuelta en el trabajo, no se puede dejar de apreciar las constantes relaciones que se hacen al proceso sobre cómo se ha hecho en el contexto ecuatoriano la globalización del derecho, para esto la autora se ha sustentado en datos empíricos muy relevantes.

Claudia Escobar, en un ejercicio de rigurosidad académica y metodológica, nos ofrece una panorámica de cómo se encuentra la justicia constitucional ecuatoriana en un contexto comparado, tanto regional como mundial; además, con un profundo análisis de la jurisprudencia ecuatoriana en dos momentos históricos desde 2002-2008 y desde 2008-2011 nos muestra de manera contundente los límites de esa globalización en el caso concreto, o dicho de otra manera, las deficiencias en lo que podría llamarse la forma adecuada de entender esas instituciones que fueron trasplantadas de manera más o menos consciente.

En el primer capítulo se responde a la pregunta: ¿Cómo se ha hecho la aproximación del constitucionalismo ecuatoriano con otros sistemas constitucionales? Con el objetivo de responderla, se vale de la idea de globalización del derecho, partiendo de una concepción simple de ella como convergencia de los órdenes jurídicos, a la que cuestiona para llegar a la conclusión de que es un proceso complejo de aislamientos, concordancias, imposiciones y también diálogo.

Leyendo este primer capítulo del libro, se podría arribar a la conclusión de que no se deja bien parada a la Corte Constitucional ecuatoriana, sobre todo a su jurisprudencia, pues evidencia, comparativamente hablando, no solo la incorrección o la falta de comprensión de las instituciones trasplantadas al Ecuador, sino también la limitación que se hace de las potencialidades de la Constitución. Esto pudiera causar incomodidad o incluso indignación, sin embargo, pasado el primer momento, se puede ver que queda bastante bien probada, en este trabajo, la situación de la Corte Constitucional ecuatoriana, a medio camino entre una Constitución con extraordinario potencial político, ideológico y normativo, y el momento político de transición en el Ecuador. En esa disyuntiva están las sentencias de la Corte.

En este capítulo, Claudia Escobar inicia por poner a prueba dos características constitutivas de la visión más optimista sobre globalización del derecho representada por Mark Tushnet y Ann Marie Slaughter: la convergencia de los sistemas constitucionales nacionales (al menos en algunos puntos: estructura y protección de derechos humanos), y la aparición de un nuevo orden transgubernamental donde existe interrelación entre los ordenamientos jurídicos que tienden a estandarizarse y generar patrones comunes. Para este fin, elige como objeto de análisis el proceso ocurrido en el sistema jurídico ecuatoriano, estudiando tres variables: interés en asistir, participar y realizar encuentros académicos de los jueces y funcionarios de la justicia constitucional; la recepción de instrumentos normativos foráneos en la legislación nacional, y las citas de ordenamientos jurídicos extranjeros en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Para estudiar la primera variable, recurre a los datos sobre la participación, ya sea en calidad de asistente o ponente, a diversos foros regionales e internacionales, y la realización de foros, seminarios y cursos impulsados por la propia Corte ecuatoriana. Según los datos aportados por Escobar, es evidente la “curiosidad” del constitucionalismo ecuatoriano por aprehender de otras realidades, esta preocupación es constante en el período analizado (2002 hasta 2010), pero a partir de 2006 se transforma profundamente en dos sentidos: en un incremento sustancial en cuanto al número de eventos, y en cuanto a los sistemas estudiados, que se diversificaron pasando de ser solo España a incluir a Colombia, Argentina, Perú, Brasil, México, entre otros.

La segunda variable es la más crítica para estudiar el papel de la Corte ecuatoriana, sobre todo de su jurisprudencia. Como ya se dijo, los trasplantes legales realizados en el Ecuador, en materia de justicia constitucional, según la investigación, no solo demuestran la “incorrección” o la “falta de comprensión” de las instituciones trasladadas al Ecuador.

Los hallazgos son muy interesantes. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) demuestra que una buena parte de su contenido es el producto de procesos de recepción de otros sistemas constitucionales, así, según menciona la autora, el sistema interamericano de derechos humanos ejerció fuerte influencia sobre todo en la normativa relacionada con la reparación y las medidas cautelares, pero también lo hizo el sistema colombiano, Claudia Escobar sostiene

que los siete capítulos en los que se encuentra dividida la LOGJCC fueron producto de una amplia recepción del constitucionalismo colombiano, por ejemplo, en la distribución de competencias en primera y segunda instancia, el sistema de selección de sentencias, la no subsidiariedad de la acción de protección, la procedencia de la acción de protección frente a particulares en caso de subordinación e indefensión, etc. Hay que mencionar, sin embargo, que la transferencia no solo se limita a recoger algunas normas constitucionales y legales colombianas, sino también a legalizar ciertos estándares jurisprudenciales colombianos.

La tercera variable, referida a las citaciones de ordenamientos foráneos tanto en la doctrina, legislación y jurisprudencia muestra la importancia del sistema interamericano, el ordenamiento colombiano y el peruano en la configuración de las sentencias de la Corte ecuatoriana, en el período comprendido entre 2008 y 2011 corresponden al 6 por ciento de las sentencias emitidas durante este período. Todos estos elementos que son evidentes en quien se acerca al estudio de las sentencias de la Corte Constitucional tienen unas relaciones, sobre todo unas implicaciones significativas, y de hecho, estas connotaciones son la parte más relevante del capítulo 1: los límites a los procesos de aproximación normativa.

Contrariamente a lo que se podría esperar a pesar del alto interés en ordenamientos foráneos, los resultados del intercambio han sido limitados y hasta contraproducentes. Como posible explicación de este hecho, menciona la autora una ruptura en los procesos de recepción. Si bien es cierto, dice, se han verificado las recepciones en una de las fuentes no se lo ha hecho en otras, así, se ha receptado legalmente pero no a nivel de la jurisprudencia, esto supondría a su modo de ver una franca obstrucción de los diferentes niveles de recepción. Ejemplos de esto son en primer lugar el de revisión de las acciones de protección que, teniendo los mismos lineamientos legales que Colombia, han dado resultados totalmente diferentes; en Colombia son el esfuerzo más importante de la Corte y en Ecuador no han tenido relevancia alguna; otro caso es el de los Estados de excepción que con los mismos criterios han significado para la Corte colombiana un mandato de rigurosidad en el examen de la constitucionalidad, en cambio en Ecuador apenas si se han realizado.

También, el libro muestra que en ciertos temas hay una recepción crítica de los desarrollos de otros ordenamientos, así plantea la importancia

del contexto, no se trata entonces de tomar solamente una norma o estándar jurisprudencial, sino de entenderlo en su contexto de origen y de aplicación.

Pero el punto que merece mayor atención es el referido a lo que la autora llama “malentendidos” e “incomprensiones” en la recepción del derecho foráneo, en el que destacan la aplicación del test de racionalidad y la ponderación, estos malentendidos se darían al menos en las siguientes situaciones: en primer lugar se pretende, y así consta en varias sentencias, que la ponderación y test de racionalidad sustituyen a los métodos interpretativos anteriores, como si de un mismo asunto se tratara, y no solo eso, sino que reclaman una directa relación de estos métodos con el nuevo modelo constitucional, como bien hace notar la autora, es inadecuado plantear el dilema en términos de métodos tradicionales frente a la ponderación pues se tratan de fases distintas, por tanto los métodos clásicos de interpretación no son excluyentes de los de ponderación. Pero el asunto no termina allí, las sentencias con un uso indiscriminado del test han llegado a plantear de forma “artificiosa” y “ficticia” antinomias constitucionales, cuando en realidad no existe conflicto, o muchas veces, a pesar de declarar que se va a utilizar el test de racionalidad no se lo hace, se lo hace a medias o se lo hace mal, un ejemplo de ello es la generalizada idea de que el peso abstracto, porque la Constitución dice que todos los derechos tienen el mismo peso, no hay que utilizarlo para la fórmula de proporcionalidad estricta o fórmula del peso, cuando en realidad lo que se supone es que esto busca rescatar el “peso” abstracto que en una comunidad goza un principio específico.

Para concluir, vale la pena mencionar el problema de la falta de esfuerzo argumentativo y los saltos en las cadenas de argumentos, pues, recurriendo a “lugares comunes” se evita la deducción o la inducción y se decide directamente cayendo en la falacia del argumento circular o *pettitio principio* (se asume como premisa la conclusión que desea alcanzar), o negación del antecedente que consiste en no derivar la conclusión de las premisas.

Como parece lógico, todas estas características de la justicia constitucional arriban en el carácter retórico de los procesos de aproximación jurídica que evidencian más bien un interés aparente en el intercambio.

Aquí, en apoyo a las tesis de la autora nos parece pertinente retomar el planteamiento de Roberto Gargarella sobre las “malas lecturas” a propósito del texto comentado sobre el libro de Diego López Medina, *Teoría Impura del Derecho*.

Gargarella sostiene que no debemos rehusarnos a hablar de “errores” en la recepción que nuestros juristas hacen a las teorías construidas en otros contextos, sin que esto quiera decir como sostiene el autor que “esas” teorías estén siempre “en lo cierto” o que quepa “una sola interpretación de las mismas”, sino que si una lectura incorrecta llegara a asentarse judicialmente, dice, “tendríamos todas las razones del mundo para salir a atacar dichas lecturas a las que perfectamente podríamos llamar «lecturas pobres» o «distorsivas» esto no en nombre de la «verdad objetiva», sino con el propósito de ser más justos hacia los fines del caso, más honestos y autocríticos en nuestras discusiones y en definitiva más respetuosos de los derechos de los individuos afectados en el caso concreto”.⁵

Pero a esto hay que añadir, como bien advierte Gargarella, la manipulación de las teorías que gozan de algún prestigio, precisamente para ponerlas al “servicio de los decisiones que quieren apoyar y que intuyen sedientas (por carentes) de algún sustento intelectual”.⁶ Es decir, las teorías no son utilizadas para “expandir una discusión en curso, sino para poner fin a ello”⁷ la mayoría de veces con conocimiento parcializado de las mismas.

Creemos que los datos aportados por Claudia Escobar en el capítulo uno son muestra irrefutable de los errores, de la manipulación e incluso de lo que el autor en otro espacio denominó “pereza intelectual”.

El capítulo dos, elaborado en torno a la respuesta a la pregunta ¿cuáles son los componentes del derecho que son objeto del intercambio jurídico?, nos plantea una interrelación entre la concepción del derecho y la globalización, así la autora sostiene que el fenómeno jurídico no puede reducirse exclusivamente a la dimensión formal, sino que operan al menos dos más: la estructural y la político-cultural. Sin embargo, las más representativas tendencias han puesto énfasis solo en la dimensión normativa, de este modo, dentro de este grupo pueden encontrarse al menos

5 Gargarella, Roberto. “Sobre la Teoría impura de Diego López Medina”. Internet. <http://seminariogargarella.blogspot.com/2009/12/sobre-la-teoria-impura-de-dlm.htm>. 17/12/2009, p. 5.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

tres versiones: quienes argumentan que el derecho contemporáneo carece casi en todos los ámbitos de originalidad y se trata de trasplantes legales desde otros sistemas; quienes consideran que la principal forma de globalización se puede evidenciar en la jurisprudencia y sus citas de otros ordenamientos; y por último quienes sostienen que el intercambio se da mediante el diálogo fuerte y el débil, el fuerte por medio de la cita de precedentes extranjeros, y el débil por medio de relaciones informales entre operadores jurídicos y la academia.

Sin embargo, aunque los órdenes jurídicos sean pocos conocidos, o poco recurridos como fuente de consulta, ello no significa que no opere el intercambio, así, Claudia Escobar trae a colación que los intercambios también se producen a nivel extranormativo que recae sobre la forma en que los operadores jurídicos interpretan y aplican el derecho.

La autora deja claro que no comparte la visión de que solo en la dimensión normativa opere el intercambio, considera que las dimensiones cultural y estructural del derecho se ven también involucradas. Consecuente con ello, analiza la participación de los asesores y jueces de la Corte Constitucional ecuatoriana en seminarios, cursos, talleres, reuniones, etc., que implican una interacción no formal y no normativa con otros sistemas. Evidencia de esto constituye la presencia de los temas tratados en estos seminarios y cursos a los que asistieron, en la jurisprudencia. Desafortunadamente, esto tiene una debilidad, siendo que los temas de los seminarios y foros, tienen una generalidad propia de su especie, esa misma generalidad se evidencia en las sentencias constitucionales. Como ejemplos se mencionan: la recurrencia a temas como el *stare decisis*, el nuevo rol del juez, el sistema de fuentes, el neoconstitucionalismo, como conceptos abstractos, sin ningún esfuerzo por adecuarlos al caso concreto o lo que es más importante no son utilizados para generar subreglas.

En este punto vale la pena retomar una sugerente idea desarrollada por Cass Sunstein que bien puede aportar explicaciones a este fenómeno: su tesis de *los acuerdos carentes de teorías completas*, dos puntos deben ser resaltados de esta propuesta: la relación entre el buen funcionamiento de los constitucionalismos y los acuerdos carentes de teorías completas, y, la capacidad de dichos acuerdos para lograr consensos prácticos.⁸ Ambos

8 Sunstein, Cass. "Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional", pp. 1-5. Internet. <http://seminariogargarella.blogspot.com/2010/12/acuerdos-carentes-de-una.dlm.htm>. 2010.

mecanismos son sobre todo relevantes en medio de intensos desacuerdos. Un acuerdo carente de teoría completa sería aquel que se da cuando las personas se ponen de acuerdo sobre una decisión sin estarlo respecto a algún tipo de explicación abstracta que la sustente.

Es decir, teniendo en cuenta la dificultad que entrañan los debates constitucionales en Ecuador, sobre todo por la transformación de ciertas instituciones políticas y económicas en el país, resulta difícil ponerse de acuerdo, en ese sentido, extrañamente la jurisprudencia de la Corte parece estar yendo a contravía, pues resulta paradójico que quiera desarrollar una teoría completa para a partir de ella construir un acuerdo en asuntos altamente discutidos.

El tercer capítulo se enfrenta a la interrogante de ¿cuáles son las dinámicas por medio de las cuales se realiza la globalización?, es decir, se pregunta si estas dinámicas responden a la imposición, al mero trasplante o si son el resultado del diálogo entre órdenes jurídicos diferentes. Al respecto, como la propia autora señala hay varias posiciones teóricas: una divulgada desde cierto sector de la academia estadounidense que efectivamente sostiene que estamos frente a meras copias y que en esa medida hay centros de producción científica y periferias dispuestas a duplicar esas producciones; como bien se señala en la obra, aun en el caso de que efectivamente se hiciera un trasplante sin mediaciones, en la práctica siempre se presentan cambios, la cuestión está en cuán conscientes o reflexivos son estos.

La segunda posición teórica es la sostenida por Marcelo Neves identifica el elemento vertical y de imposición que tiene el transconstitucionalismo no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional por lo que por medio de relaciones de poder, generalmente ocultas, terminan imponiéndose a la fuerza disposiciones jurídicas, cuerpos normativos, etc. ya sea sobre los órdenes locales como sobre los estatales.

Otra, la más optimista, anuncia una pretendida finalización de órdenes nacionales a favor de uno solo transnacional, el que además sería producto del diálogo y el intercambio, esto desde luego supone que los concurrentes al diálogo lo hagan en pie de igualdad.

Por último, se plantea una postura según la cual el estudio de la globalización en los intercambios jurídicos no puede dejar de lado la estructura de poder subyacente y el contexto en el que se produce.

El análisis del constitucionalismo ecuatoriano le permite poner a prueba estas teorías, en este emprendimiento, el primer hallazgo es que la versión del diálogo abierto y en pie de igualdad no es posible y que este diálogo no se da no solo en la relación Norte-Sur de la producción legal, sino también en la Sur-Sur. En el primer caso, constata la autora que pese a la participación en múltiples foros de los miembros de la justicia constitucional ecuatoriana, el derecho constitucional ecuatoriano no constituye referencia para el constitucionalismo global ni regional.

En cuanto a las llamadas referencias cruzadas como muestra del intercambio transnacional que llevaría a un solo orden de transconstitucionalidad, la autora utiliza como espacio de análisis las relaciones Ecuador y Colombia y constata que, por un lado, el interés de Colombia por el derecho ecuatoriano es muy escaso y desde Ecuador hacia Colombia ocurre en sentido inverso. La Corte Constitucional ecuatoriana en los años 2008 a 2010 ha hecho referencia expresa al constitucionalismo colombiano en una relación 18 a 1 y, lo que es más importante, cualitativamente la relación es distinta, mientras Colombia se refiere a Ecuador en un contexto de citación de varios órdenes jurídicos, más bien como curiosidad o anécdota, es decir de una forma muy genérica, Ecuador ha hecho referencias a jurisprudencia colombiana para aplicación a casos muy específicos.

El trabajo de Claudia Escobar, profundo y realista, nos sitúa en una serie de retos: filosóficos, normativos y prácticos. En los primeros quedan las preguntas ¿cómo entender la globalización en la encrucijada de Occidente-modernidad, en el fin del sistema? ¿Cuál es la validez del constitucionalismo transnacional en este contexto? En la dimensión normativa cabe preguntarnos ¿cuál es el papel del derecho y la jurisprudencia nacional en un contexto jurídico transnacional? ¿Se debe seguir el estándar mundial respecto del derecho o es válido alejarse de él? Y, en el nivel pragmático volvemos a la pregunta de siempre: ¿cuáles son los ribetes del nuevo papel del juez?

Introducción de la autora

Usualmente se asocia el fenómeno de la globalización con procesos económicos, tecnológicos y culturales. Así, se habla de globalización para hacer referencia, por ejemplo, a la dramática intensificación del comercio internacional, a la homogeneización cultural que ha ocurrido en el mundo, o a la transferencia tecnológica que altera de manera fundamental la vida económica, política, social y cultural en el mundo entero. Fenómenos como la existencia de grandes multinacionales que se mueven alrededor de los cinco continentes, la amplia conectividad que opera hoy en día gracias a internet, o la evidente internacionalización del capital financiero que determina la vida económica cotidiana de todos los países, son manifestaciones emblemáticas de la denominada “globalización”.

En este contexto, cuando se asocian las expresiones “derecho” y “globalización”, se advierte el problema sobre la manera en que los sistemas jurídicos deben enfrentar este fenómeno económico, político, social y cultural: ¿Deberían establecer barreras y límites? ¿Deberían limitarse a canalizarlo para que fluya libremente? ¿Deberían bloquearlo? En fin, ¿qué papel le corresponde al derecho frente a esta arrasadora dinámica? Importantes y profundos debates han abordado esta problemática, sin que hasta el momento existan respuestas definitivas e irrefutables.¹

1 Sobre estos debates, véase Carbonell, Miguel y Rodolfo Vásquez, comps. *Globalización y Derecho*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. Internet. http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=2363&Itemid=185. Acceso: 18 julio 2011.

Lo que ocurre, sin embargo, no es solo que los sistemas jurídicos deban enfrentar de uno u otro modo el fenómeno, bien sea estableciendo barreras y límites, canalizándolo o bloqueándolo, sino que el derecho mismo ha sido objeto de la globalización. No solo se trata de que el derecho deba encarar la globalización, sino que este mismo se ha globalizado.

La caracterización de esta globalización, no obstante, es compleja y problemática, y al día de hoy no hay claridad sobre sus rasgos fundamentales. ¿Se trata de un fenómeno ineludible que inexorablemente “invade” y compromete todos los sistemas jurídicos? ¿Implica una homogeneización progresiva del fenómeno jurídico en su integridad? ¿O esta convergencia es tan solo aparente, y tras la fachada de un intercambio jurídico subyacen diferencias irreconciliables entre los órdenes constitucionales? ¿Mediante qué dinámicas se produce esta pretendida convergencia? ¿Se produce mediante procesos impositivos entre unos y otros sistemas? ¿O existen otro tipo de dinámicas informales y sutiles que producen el acercamiento progresivo? ¿Qué fuentes del derecho compromete? ¿Y qué impacto tiene en la producción, interpretación y aplicación del Derecho?

La presente investigación pretende ofrecer algunos insumos para responder estas cuestiones.

En primer lugar, tiene el interés fundamental de inscribir esta cuestión en el contexto específico del constitucionalismo ecuatoriano reciente. No se trata entonces de debatir en abstracto esta temática, sino de hacerlo en el marco de un sistema constitucional específico: el ecuatoriano. ¿En qué sentido el constitucionalismo ecuatoriano ha sido objeto y ha participado del fenómeno de la globalización? ¿Hasta qué punto ha existido un proceso de convergencia con otros sistemas constitucionales? ¿Con qué órdenes jurídicos se ha establecido contacto y mediante qué mecanismos? ¿Qué categorías normativas han participado de este proceso? ¿Qué rol ha jugado el constitucionalismo ecuatoriano en la globalización del derecho constitucional? ¿Qué factores explican y dan cuenta de este proceso?

En segundo lugar, a partir del análisis del constitucionalismo ecuatoriano se pretende ingresar en el debate sobre la globalización del derecho en general. Es decir, las conclusiones obtenidas con respecto al constitucionalismo ecuatoriano ofrecen algunos elementos de juicio y algunas “pistas” para poder hacer una caracterización provisional y tentativa de este fenómeno. ¿En realidad existe una convergencia y armonización

progresiva e ineludible de los sistemas jurídicos? ¿Los mecanismos mediante los cuales se materializa esta globalización del derecho son dinámicas libres y espontáneas, o a ella subyacen mecanismos impositivos que reflejan las relaciones de poder que se han configurado en el mundo contemporáneo? ¿Qué categorías normativas han sido permeables a este proceso? ¿Se trata de un proceso de “doble vía”, en el que todos los sistemas jurídicos participan activamente en la construcción de un derecho globalizado, o supone más bien la mera imitación y reproducción de contenidos producidos por otros órdenes?

Adviértase entonces que en esta investigación se procede de modo inverso a como usualmente se abordan estas problemáticas: no es que se acoja una determinada teoría sobre la globalización para luego aplicarla al caso específico del constitucionalismo ecuatoriano, sino que más bien, a partir del examen de este último, se obtienen algunas conclusiones sobre el fenómeno de la globalización del derecho constitucional en general.

Ahora bien, dada la multiplicidad y complejidad de temáticas relacionadas con este fenómeno de la globalización del derecho constitucional, la presente investigación circunscribe su análisis a las cuestiones siguientes:

Primero, se pretende establecer si efectivamente la globalización del derecho constitucional implica una convergencia de sistemas jurídicos, y en particular, si en el constitucionalismo ecuatoriano reciente se ha producido este acercamiento con otros órdenes constitucionales. En efecto, en términos generales se suele asumir que este fenómeno implica un inevitable proceso de aproximación y armonización entre los sistemas jurídicos, y que este acercamiento es cada vez más decisivo y determinante en la configuración de los órdenes constitucionales, de modo que las notas y características de cada uno de ellos se encuentran determinadas por esta particular forma de intercambio jurídico.

Pues bien. Lo primero que pretende establecer esta investigación es si efectivamente en el constitucionalismo ecuatoriano se ha producido aproximación, o si por el contrario persisten dinámicas de aislamiento y conflicto. El análisis emprendido demostrará que aunque existe un interés por emprender el proceso de intercambio jurídico, sus resultados han sido limitados y escasos, y que por el contrario, el derecho constitucional ecuatoriano tiende a permanecer aislado del constitucionalismo global y regional.

En segundo lugar, se aborda la cuestión relativa al tipo de mecanismos por medio de los cuales se materializa la globalización del derecho constitucional. La imagen que se suele tener de este fenómeno parte de algunas formas paradigmáticas y emblemáticas de intercambio jurídico, tales como las famosas “referencias cruzadas”, en las que los tribunales y jueces constitucionales citan jurisprudencia de organismos judiciales extranjeros o de tribunales regionales o internacionales de derechos humanos para estructurar y justificar sus decisiones, o en la que un sistema jurídico “importa” o “reproduce” la legislación de otro país mediante lo que se conoce como “trasplantes jurídicos”.

El examen y análisis del constitucionalismo ecuatoriano pondrá en evidencia que al lado de esta faceta más visible de la globalización, existen otras formas de interacción mucho más sutiles, pero al mismo tiempo mucho más profundas y más determinantes: intercambios informales entre operadores jurídicos mediante foros, seminarios y otros eventos análogos, influencia de la academia en la práctica jurídica, visitas institucionales entre órganos de diferentes países, intercambio de prácticas y costumbres institucionales, paradigmas, imaginarios jurídicos y corrientes teóricas, entre muchas otras.

En particular, existen dos (2) formas de aproximación que deben ser visibilizadas: por una parte, el intercambio en los componentes extranormativos del derecho, que no se materializan directamente en las fuentes formales del derecho positivo, sino que anteceden a la producción jurídica misma: los presupuestos conceptuales y teóricos utilizados por los operadores jurídicos para la interpretación y aplicación del derecho positivo, como los criterios y métodos de interpretación de la Constitución y la ley, los criterios para resolver las antinomias y conflictos normativos, las pautas para determinar el contenido de los principios, las reglas para seleccionar el derecho aplicable a los casos concretos o para incorporar el derecho internacional al derecho interno, entre otros. Y por otra parte, el intercambio que se materializa entre fuentes del derecho diversas, como el intercambio entre jurisprudencia y legislación, o entre la doctrina y la ley o la jurisprudencia. Se trata entonces de novedosas y audaces formas de entablar contacto con otros sistemas, y que rebasan por mucho el tradicional modelo de la referencia cruzada o del trasplante legal.

Finalmente, se aborda el tipo de intercambio y de interconexión que se presenta entre los sistemas constitucionales: ¿Se produce mediante procesos unilaterales y jerárquicos de mero trasplante, en los que un orden jurídico se limita a imitar o reproducir los contenidos de otro? ¿O se produce mediante dinámicas dialógicas abiertas, libres y horizontales, en las que los distintos órdenes y operadores jurídicos participan activamente en la construcción de una comunidad jurídica global?

El examen del constitucionalismo ecuatoriano nos llevará a concluir que en la práctica han prevalecido las dinámicas de tipo vertical, en las que los “centros de producción jurídica” se imponen (de manera abierta o de manera sutil y velada) a los “centros de recepción jurídica”, mediante procesos unilaterales y unidireccionales. En estas circunstancias, la imagen idílica en la que los sistemas jurídicos se relacionan libremente por medio de procesos dialógicos abiertos, y en la que todos ellos participan activamente en la elaboración de un derecho global, constituye más bien una excepción dentro del fenómeno de la globalización.

Las respuestas a estos tres interrogantes permitirá efectuar una caracterización tanto de la globalización del constitucionalismo ecuatoriano, como del fenómeno considerado en abstracto.

1. Consideraciones metodológicas

Para abordar los interrogantes planteados se realizaron los siguientes tipos de indagación: en primer lugar se indagó por la asistencia, la participación y la realización de eventos académicos por parte del Tribunal y de la Corte Constitucional del Ecuador, que han implicado algún tipo de aproximación con otros sistemas constitucionales.²

- 2 La referencia al Tribunal Constitucional y a la Corte Constitucional se explica por la existencia de dos regímenes constitucionales diferentes, cada uno de los cuales estableció una institucionalidad específica: mientras la Constitución ecuatoriana de 1998 creó el Tribunal Constitucional, la Constitución de 2008 creó la Corte Constitucional. Sobre las diferencias entre una y otra, véase Escobar García, Claudia. “Del Tribunal a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional”. *La Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Ed. Ramiro Ávila Santamaría. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Internet. http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=2363&Itemid=185. Acceso: 18 julio 2011.

En segundo lugar, se identificaron las disposiciones de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) que son el resultado de procesos de convergencia con otros sistemas constitucionales.

En tercer lugar, se identificó el papel del intercambio jurídico en la estructuración y en el contenido de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional ecuatoriana, a partir de dos indicadores básicos: las citaciones de legislación, jurisprudencia o doctrina de los sistemas constitucionales colombiano, interamericano, español y peruano; y el estudio comparativo de la jurisprudencia ecuatoriana y colombiana relativa al control constitucional de los estados de excepción.

Finalmente, se identificaron los rasgos y características básicos del proceso de recepción del test de razonabilidad y de la técnica de la ponderación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Veamos cada uno de ellos.

1.1. La asistencia, la participación y la realización de eventos académicos de intercambio jurídico por el Tribunal y la Corte Constitucional del Ecuador

La primera aproximación al constitucionalismo ecuatoriano se efectuó a partir del análisis de la asistencia, la participación y la realización de eventos académicos de intercambio jurídico por parte del Tribunal y de la Corte Constitucional del Ecuador, como seminarios, foros, congresos y similares.

¿Por qué este tipo de examen es pertinente y relevante en el estudio de la globalización en el constitucionalismo ecuatoriano?

En primer lugar, y tal como se verá más adelante, en los sistemas constitucionales contemporáneos el intercambio jurídico se materializa, o bien por medio de las fuentes formales del derecho, o bien por fuera del marco de estas fuentes. Existe entonces tanto un intercambio normativo (como cuando un juez cita una sentencia de un juez foráneo para fundamentar el contenido de su fallo, o como cuando la legislación de un país reproduce el marco legal de otro sistema), como un intercambio extranormativo.

En este intercambio extranormativo, conocido en la literatura jurídica como “diálogo débil”, los operadores jurídicos de diferentes sistemas constitucionales entablan contacto de manera informal, y por fuera del marco de las categorías normativas que conforman el derecho positivo. Creación de redes académicas, adscripción a una u otra escuela jurídica, visitas institucionales en otros países, publicaciones virtuales, contratación de personal extranjero en las cortes, encuentros de jueces, entre muchos otros, hacen parte de este fenómeno. A pesar de su alto nivel de informalidad, esta forma de interacción ha tenido un alto impacto en el funcionamiento de los ordenamientos constitucionales, pues tienden a incidir directamente en las concepciones, los imaginarios, las técnicas argumentativas, las rutinas y las prácticas de los operadores jurídicos. Así, el examen y estudio de este “diálogo débil” resulta útil para determinar el nivel y las características del intercambio jurídico en Ecuador.

En otras palabras, la globalización del derecho constitucional no siempre opera por medio de procesos impositivos abiertos, palmarios y evidentes, sino mediante mecanismos sutiles y refinados que tienen por objeto incidir en las concepciones, las decisiones y las dinámicas de los operadores jurídicos de otros sistemas constitucionales. Los foros académicos son justamente uno de estos mecanismos por medio de los cuales se gesta el proceso de globalización: en un foro no se impone a los operadores jurídicos la adopción de ciertos criterios materiales de decisión ni la adopción de cierto marco legal, sino que únicamente se exponen y se comparten experiencias de los distintos sistemas jurídicos. Estos procesos, aparentemente inocuos, inofensivos e inocentes, han demostrado ser un mecanismo definitivo en la globalización del derecho.

De ese modo, el examen de esta modalidad de intercambio extranormativo permite visualizar y explicar el rol de la globalización en la configuración de los sistemas jurídicos contemporáneos, y en particular, del constitucionalismo ecuatoriano.

En segundo lugar, las peculiaridades de los eventos académicos resultan útiles a la hora de establecer los rasgos claves de la globalización. En efecto, estos foros tienen básicamente tres tipos de actores: por un lado, los organizadores, quienes definen la “agenda” y los participantes del respectivo evento; por otro lado, los intervinientes, que se encargan de exponer ante el público la experiencia de un sistema constitucional determinado, y

de este modo contribuir en el proceso de convergencia y armonización; y finalmente, el auditorio, interesado en conocer y “absorber” la experiencia ajena. Los organizadores del evento definen quiénes son los actores y los referentes relevantes en el proceso de intercambio jurídico; es decir, hay un proceso deliberado y abierto de selección de interlocutores; de algún modo se establece qué sistema jurídico amerita ser escuchado e imitado, y se excluyen aquellos a los que no se consideran relevantes. Por su parte, como quiera que el auditorio no es el mismo para todo evento, el análisis de su composición también contribuye a develar el interés de los operadores jurídicos, tanto en las temáticas como en los sistemas jurídicos que sirven como modelo en el proceso de globalización del derecho. En estas circunstancias, el examen de los foros académicos sirve entonces para los interrogantes básicos de esta investigación:

- ¿Es el constitucionalismo ecuatoriano un referente en este proceso?
- ¿Ha tenido algún tipo de interés en el intercambio jurídico?
- ¿Con qué sistema se han configurado procesos de diálogo y de recepción?
- ¿Es sostenible la idea de un proceso inclusivo en el que todos los sistemas jurídicos entablan un auténtico proceso dialógico para la construcción conjunta de un constitucionalismo global?
- ¿Existen verdaderos y auténticos procesos de retroalimentación, o se trata de procesos unidireccionales, de mera producción y recepción?
- ¿Han servido los foros académicos para impulsar los procesos de intercambio jurídico?

De acuerdo con esto, en esta primera fase de la investigación se emprendieron tres (3) tipos de análisis:

En primer lugar, se estableció el nivel y el tipo de *asistencia de los operadores constitucionales ecuatorianos a eventos académicos de intercambio global y regional, en calidad de oyentes y como parte del auditorio*. En estos casos, los actores ecuatorianos juegan un papel fundamentalmente pasivo, al limitarse a conocer y recoger la experiencia foránea. Este carácter pasivo no tiene necesariamente una connotación negativa, por el contrario, es indicativa del interés del constitucionalismo ecuatoriano por los

desarrollos del derecho comparado y tiene un innegable potencial en la estructuración de las prácticas y decisiones de la justicia constitucional. En definitiva, aunque no es la única forma de acceder a las experiencias de otros sistemas constitucionales, sí constituye un indicador significativo del intercambio jurídico, sobre todo, del interés en este intercambio. ¿Asisten los operadores jurídicos a foros internacionales y regionales en calidad de oyentes? ¿A qué tipo de eventos? ¿Con qué sistemas constitucionales se establece contacto por medio de este mecanismo? ¿Qué temáticas son objeto de estos foros? ¿Qué utilidad tiene este tipo de intercambio?

Para evaluar este indicador se tuvieron en cuenta las siguientes pautas metodológicas:

1. El análisis se circunscribe al período 2002-2010. Este lapso es lo suficientemente amplio como para identificar las tendencias existentes durante la vigencia de las constituciones de 1998 y 2008, para visualizar el tránsito del Tribunal a la Corte Constitucional ocurrido en el año 2008, y para examinar el desenvolvimiento de esta variable durante la vigencia de 3 períodos institucionales del máximo órgano de control constitucional. Al mismo tiempo, circunscribir el análisis a este período permite un manejo relativamente fidedigno y riguroso de la información, que no sería posible si se extendiese más hacia el pasado.
2. El análisis se circunscribe a los miembros y funcionarios del Tribunal y de la Corte Constitucional. Aunque la aproximación ha sido protagonizada por todo tipo de operadores jurídicos, desde docentes y estudiantes en universidades hasta jueces de las altas cortes, pasando por los integrantes de la administración pública, activistas, asesores y abogados dedicados al litigio, la investigación se limita al cuerpo de personal del Tribunal y la Corte Constitucional. Esta delimitación que se explica no solo por la imposibilidad de recabar información sobre todos los operadores jurídicos, sino también por su especial relevancia dentro del sistema, por tratarse del órgano de cierre de la justicia constitucional.
3. Se tuvieron en cuenta los eventos académicos (seminarios, talleres, congresos, foros, etc.) realizados en el exterior, y que en virtud de las temáticas abordadas y de los expositores elegidos, tienen un alto componente de intercambio jurídico.

4. La información se obtuvo a partir de tres (3) fuentes:
 - 4.1. Por un lado, de los registros de los viáticos conferidos a los operadores jurídicos (jueces, vocales, asesores, etc.) por su traslado del país en misión oficial; esta información fue proporcionada directamente por la Dirección Financiera de la entidad para los años comprendidos entre los años 2007 y 2010, y para los años comprendidos entre el 2009 y el 2010 también reposa en la respectiva página web de la entidad.
 - 4.2. Con respecto al período comprendido entre los años 2002-2007, y ante la carencia de información consolidada por parte de la Dirección Financiera de la actual Corte para este período, se tuvieron en cuenta los informes del Tribunal al Congreso Nacional, en los cuales se precisa con cierto nivel de detalle las actividades realizadas en tal sentido.³
 - 4.3. Finalmente, se efectuaron entrevistas semiestructuradas a distintos asesores de la Corte Constitucional, que proporcionaron información sobre los eventos académicos a los que han asistido, las características de estos eventos, y el impacto en la estructuración de las prácticas y las decisiones al interior de la Corte.
5. Con respecto a esta variable se identificó el tipo de operador jurídico que asistió al evento, el país anfitrión y la temática abordada.
6. Finalmente, la información consolidada así obtenida se encuentra en los anexos 1 y 2 de este libro, que corresponden respectivamente al listado de eventos a los que ha asistido el personal de la Corte, y a las entrevistas efectuadas a los operadores jurídicos.

En un segundo nivel de análisis se determinó el tipo y el nivel de *participación activa del constitucionalismo ecuatoriano en los foros académicos globales y regionales*. A diferencia de la hipótesis anterior en la que los operadores asumen el rol de oyentes, en este caso son llamados a contribuir directamente en el diálogo regional o global, normalmente mediante la presentación de ponencias o conferencias en las que dan a conocer la

3 En efecto, la Constitución de 1998 ordenaba al Tribunal Constitucional la presentación de un informe anual al Congreso Nacional, para rendir cuentas de las actividades realizadas y de las principales decisiones adoptadas. En este marco, la revisión de esta documentación permitió elaborar un registro de los eventos a los que el personal del Tribunal asistió como parte del auditorio.

experiencia constitucional ecuatoriana. En otras palabras, aquí se examina al órgano de control constitucional en su rol de referente del proceso de globalización. El nivel de participación en estos eventos es indicativo de la percepción que tiene la comunidad jurídica global y regional respecto del constitucionalismo ecuatoriano, y en últimas, de su idoneidad para convertirse en un interlocutor relevante en el proceso de globalización. Se intenta entonces establecer si este se ha insertado exitosamente en estos escenarios.

Para medir este indicador se consideraron las siguientes pautas metodológicas:

1. En primer lugar, y dado que los eventos académicos de derecho constitucional proliferan cada vez más (aunque no siempre con buenos resultados ni con los estándares de calidad deseables), el análisis tuvo en cuenta tres (3) referentes específicos:

1.1. Los seminarios de derecho constitucional organizados por la Universidad de Yale, o “Global Constitutional Seminars”. La selección de estos eventos se explica por tres razones básicas: primero, por tratarse de eventos de reconocida e indiscutible calidad académica; segundo, por reunir directamente a jueces constitucionales, en el entendido de que se trata de los operadores jurídicos “paradigmáticos” del constitucionalismo contemporáneo; y finalmente, porque este foro ha pretendido ser y ha sido visto por parte de la academia como un foro eminentemente *global*, y en el que por tanto la pertenencia regional no parece constituirse en un factor determinante en la organización y realización del evento.

En este sentido se tuvieron en cuenta los cinco seminarios realizados en los años 2003, 2004, 2007, 2008 y 2009.

1.2. Los seminarios y mesas redondas organizadas por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (AIDC).⁴ Al igual que

4 Según aparece en la página web, la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (AIDC) nace con el objeto de enfrentar los retos del nuevo constitucionalismo global, como el reconocimiento, el valor y el rol de los derechos fundamentales (como los DESC) y la relación de los jueces internos con la justicia de los niveles internacional y supranacional. En este contexto, la International Association of Constitutional Law (IACL) pretende ser la plataforma para integrar los distintos sistemas constitucionales, promoviendo su conocimiento y el enriquecimiento mutuo y recíproco a partir de esta interconexión. Internet.<http://www.iacl-aidc.org/>. Acceso: 1 marzo 2011.

en el caso anterior, se trata de eventos de reconocida calidad académica que pretenden tener un carácter global, integracionista, amplio y abierto.

En este sentido, se tuvieron en cuenta la totalidad de eventos que aparecen en la respectiva página web, excluyendo únicamente aquellos que versaban sobre la experiencia de un país en particular, o de una región distinta a la latinoamericana.⁵ En este sentido, se analizaron los siguientes doce (12) congresos y mesas redondas: México 2010, Jesuralén 2010, Seúl 2009, Porto de Galinhas 2009, Londres 2008, Yokohama 2007, Atenas 2007, Ravenna 2007, Capetown 2006, Córdoba 2005, Yereván 2005 y Coimbra 2005.

- 1.3. Finalmente, los eventos académicos promovidos por la Conferencia Iberoamericana de Derecho Constitucional (CIJC).⁶ La selección de este foro se explica por su eminente carácter regional, que permite establecer el “peso” del Ecuador en el constitucionalismo regional; de igual modo, como lo que sucede con los foros de Yale, es un espacio dirigido exclusivamente a jueces constitucionales, a los que concurren los presidentes de los tribunales, cortes y salas constitucionales; finalmente, se trata de un foro mucho más abierto que los anteriores, en el que la selección de los participantes no se funda solo en la pertenencia a ciertos círculos sociales o académicos cerrados.

5 En este sentido, se excluyó el análisis de los siguientes foros:

1. “Cortes nacionales y cortes europeas: ¿competencia o colaboración?”, realizado en Atenas (Grecia) entre el 12 y el 14 de mayo de 2005.
2. “Promoviendo el constitucionalismo en Africa”, realizado en Nairobi (Kenia) entre el 18 y el 20 de abril de 2007.
3. “El futuro del sistema judicial europeo: el rol constitucional de las cortes europeas”, realizado entre el 2 y el 4 de noviembre de 2005 en Berlín (Alemania)
4. “En conmemoración del 100 aniversario del sufragio universal y de la elegibilidad de la mujer en Finlandia”, realizado entre el 14 y el 16 de septiembre de 2006 en Kelsinki (Finlandia).

6 La Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional integra a los tribunales, cortes y salas que imparten la justicia constitucional, de habla hispana y portuguesa. Aunque sus orígenes se remontan al año 1995, fue institucionalizada en el año 2005 en Sevilla. Véase <http://www.cijc.org/Paginas/Default.aspx>. Acceso: 1 marzo 2011.

Actualmente sus miembros son Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

En este sentido, se tuvieron en cuenta la totalidad de eventos promovidos por la CIJC que aparecen en la respectiva página web: Managua 2010, Mérida 2009, Cartagena 2008, Buenos Aires 2008, Cartagena 2007, Lima 2007, Santiago de Chile 2006, San José de Costa Rica 2006, Sevilla 2005, Guatemala 1999, Madrid 1998 y Lisboa 1995.

2. En segundo lugar, con respecto a cada uno de los eventos reseñados anteriormente, se identificaron y registraron los participantes y el país o región de procedencia o a la que representa.⁷
3. Para la obtención de esta información se acudió a la página web oficial de la institución organizadora (es decir, de la Universidad de Yale, la AIDC y la CIJC), y a la página web específica del evento, en caso de existir.
4. Posteriormente se consolidó la información anterior, determinando el “peso” que tiene la participación ecuatoriana en estos foros globales y regionales,⁸ así como la evolución de su participación a lo largo del tiempo.
5. La información consolidada se encuentra en los anexos 3, 4, 5 y 6 del presente libro, que corresponden respectivamente a las temáticas siguientes: listado de foros promovidos por la Universidad de Yale, la AIDC y la CIJC, la participación del Ecuador en los foros de Yale, la participación del Ecuador en los foros de la AIDC, y la participación del Ecuador en los foros de la CIJC.

7. La participación normalmente se presenta en calidad de conferencista o panelista, y de manera excepcional en la de moderador o de presidente de sesión plenaria o de mesa temática. No se tuvieron en cuenta aquellas intervenciones que se limitan a la participación en debates, a la formulación de preguntas o a la presentación de informes por parte de la delegación de un país. De igual modo, aunque la nacionalidad del conferencista coincide con el país al que representa, en ocasiones excepcionales esto no es así. Por ejemplo, puede ocurrir que el conferencista X, de nacionalidad Y, actúe en nombre y en representación de una organización regional, o que el tema de exposición se refiera exclusivamente a otro sistema constitucional. En estos casos el criterio de la nacionalidad cede frente a los otros dos: país o región que representa, y tema objeto de la exposición.
8. Este peso resulta de establecer la relación entre el número de participaciones del respectivo país o región, y el número total de participaciones. Para los efectos de la investigación, concedí igual valor relativo a cada participación, aunque podría pensarse que existe algún tipo de “jerarquías” entre estas (por ejemplo, que la presentación de una conferencia es más importante que la actuación como moderador de una mesa temática).

Finalmente, y en un tercer nivel de análisis, se indagó por el interés del constitucionalismo ecuatoriano en promover la integración jurídica-constitucional por medio de la *realización de eventos académicos de intercambio jurídico*. En esta última hipótesis el órgano de control constitucional (el Tribunal o Corte Constitucional) asume el rol de promotor de los eventos académicos. Ya no se trata de asistir en calidad de oyente a foros organizados por terceros, ni de contribuir con la presentación de una ponencia o conferencia, sino de organizar, estructurar y realizar eventos académicos de intercambio jurídico. ¿Constituye una política institucional la realización de este tipo de actividades? ¿Qué materias han sido objeto de estos foros? ¿Con qué sistemas constitucionales se ha entablado el diálogo? ¿Quiénes se han convertido en referentes del constitucionalismo ecuatoriano?

Para responder estos interrogantes consideré las pautas metodológicas siguientes:

1. Al igual que en el caso de la asistencia a los eventos académicos por los jueces constitucionales, el análisis comprende el período 2002-2010. Tal como indiqué anteriormente, este lapso es lo suficientemente amplio como para permitir la identificación de las tendencias existentes durante la vigencia de las constituciones de 1998 y 2008, para visibilizar posibles cambios en el tránsito del Tribunal a la Corte, y durante la vigencia de tres períodos institucionales. Al mismo tiempo, circunscribir el análisis a doce años permite un manejo relativamente fidedigno y riguroso de la información, que no sería posible si se extendiese más hacia el pasado.
2. El análisis comprende tres modalidades de eventos académicos:
 - 2.1. Encuentros, foros, seminarios y congresos en los que la participación foránea sea igual o superior al 50 por ciento.
 - 2.2. Cursos de capacitación, talleres y conversatorios internos en los que la participación foránea sea igual o superior al 50 por ciento.
 - 2.3. Programas de educación formal en derecho constitucional en la que la participación foránea (según la nacionalidad de los docentes y el contenido de la materia), sea igual o superior al 50 por ciento.

Aunque el Tribunal y la Corte Constitucional ecuatoriana han creado distintos escenarios y han promovido distintas actividades de intercambio jurídico, tales como la conformación de redes transnacionales, la publicación de obras que involucran el derecho comparado o la realización de visitas institucionales en otros órganos judiciales, el análisis se circunscribe a los eventos académicos indicados.

3. La información se obtuvo a partir de las fuentes siguientes:
 - 3.1. De los datos proporcionados por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la actual Corte Constitucional. Esta información se refiere fundamentalmente a la actividad desplegada entre los años 2009 y 2010.
 - 3.2. De los datos obtenidos en la página web de la entidad, particularmente en los boletines de prensa, que versa sobre los años 2009 y 2010.
 - 3.3. De los datos que constan en los informes del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional, y que identifican con cierto nivel de detalle y precisión las actividades desplegadas por dicho órgano entre los años 2002 y 2007.
 - 3.4. Finalmente, de las entrevistas realizadas a los asesores de la Corte.
4. Respecto de cada uno de los eventos registré la siguiente información: temática abordada, sistemas constitucionales participantes, lugar y fecha de realización.
5. Finalmente consolidé la información anterior en el anexo 7 de este libro, que contiene la relación de actividades promovidas por el órgano de control constitucional. Por su parte, el anexo 8 contiene el detalle de la planta docente del Diplomado en Derecho Constitucional organizado conjuntamente entre la Corte Constitucional y la Universidad Central del Ecuador.

A partir de estos tres indicadores específicos se obtendrán algunas conclusiones sobre el nivel y el tipo de intercambio jurídico entablado por el Ecuador.

1.2. La incidencia del intercambio jurídico en el contenido de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Un segundo tipo de investigación se refiere al contenido de la LOGJCC, que desarrolla los preceptos constitucionales relativos a la organización, estructura y funcionamiento de la justicia constitucional, y a los procesos constitucionales. El análisis efectuado estuvo encaminado a establecer hasta qué punto y en qué medida el contenido de dicha ley es el resultado de procesos de intercambio con otros órdenes constitucionales.

En efecto, el intercambio jurídico se materializa y concreta mediante las fuentes formales del derecho, y muy particularmente por medio de la legislación interna de los Estados. De hecho, los tradicionales estudios e investigaciones sobre la globalización del derecho partieron de la constatación y verificación de procesos de recepción legislativa, en los que ciertos sistemas jurídicos adoptaban la orientación y directrices de otros órdenes jurídicos. En otras palabras, la recepción legislativa constituye la forma paradigmática y emblemática de globalización del derecho.

Por este motivo, este tipo de análisis resulta útil para identificar los rasgos y características del intercambio jurídico en el contexto del constitucionalismo ecuatoriano: ¿Con qué sistemas jurídicos se han establecido contacto? ¿En qué temáticas se ha hecho y en cuáles no? ¿Qué circunstancias han dado lugar a este tipo de intercambio? ¿Qué fuentes del derecho han sido utilizadas para materializar esta aproximación? ¿Ha existido una auténtica aproximación entre los diversos sistemas constitucionales?

Ahora bien, la selección de la LOGJCC se explica por dos razones básicas: por un lado, a pesar de su naturaleza y rango legal, versa sobre una materia eminente e indiscutiblemente constitucional: la organización, la estructura y el funcionamiento de la justicia constitucional, y los procesos constitucionales; temas como la designación de los jueces de la Corte Constitucional, las funciones constitucionales ejercidas por los órganos que integran la función judicial, la estructura interna y las competencias ejercidas por el máximo órgano de control constitucional, el procedimiento en el control abstracto de constitucionalidad, los parámetros para el ejercicio del control constitucional de las reformas y enmiendas constitucionales, de los tratados internacionales, de los Estados

de excepción y de las leyes, o el procedimiento para el ejercicio de las acciones constitucionales de protección de derechos (como las acciones ordinaria y extraordinaria de protección, el hábeas corpus, el hábeas data, el acceso a la información pública y la acción por incumplimiento), guardan una relación directa y estrecha con el reconocimiento y garantía de los derechos constitucionales. Pero además, como se verá más adelante, esta ley responde en buena medida a procesos de intercambio jurídico, pues cuestiones y capitales allí abordadas (tales como la estructura interna de la Corte Constitucional, el tratamiento de las omisiones normativas inconstitucionales, el alcance del control constitucional de las enmiendas y reformas constitucionales, los parámetros para la selección de sentencias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública) fueron el resultado de una decisión consciente y deliberada de inspirarse en la experiencia foránea.⁹ Por este motivo, el examen de la LOGJCC es útil para explicar el proceso de globalización del constitucionalismo ecuatoriano.

Esta investigación se realizó en dos etapas. En primer lugar, se elaboró un cuadro en el que se identifican las disposiciones de la LOGJCC cuyo contenido reproduce de manera abierta y directa orientaciones, directrices, pautas y reglas de otros sistemas constitucionales. En tal sentido, se registra tanto la disposición de la LOGJCC, como la normativa foránea que sirve de inspiración.

Esta normativa bien puede provenir de textos legales pero también pueden ser pautas jurisprudenciales o doctrinales. En el primer caso se configura una recepción legislativa de la legislación foránea, al existir una interconexión al interior de una única categoría normativa; esta es la forma típica de intercambio jurídico. Sin embargo, también puede existir una recepción legislativa de textos jurisprudenciales o doctrinales, por involucrar diferentes categorías normativas; en este cuadro también se dará cuenta de esta forma de interconexión normativa, mucho más compleja, pero también con muchas potencialidades.

9 En efecto, el respectivo proyecto de ley fue elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, a partir de una dinámica directa y reflexivamente encaminada a recoger experiencias constitucionales exitosas. Para tal efecto, el proyecto fue realizado por algunos constitucionalistas extranjeros, fue precedido de una visita a la Corte Constitucional de Colombia, y fue revisado por expertos de países como Argentina, Colombia, México, Perú y España.

Los resultados de esta investigación se encuentran en el anexo 9 de este libro.

Con fundamento en el análisis anterior se tomaron algunos ejemplos emblemáticos de recepción legislativa: por un lado, se explica la recepción de las figuras de la reparación integral y de las denominadas “medidas cautelares autónomas”, inspiradas en el modelo del sistema interamericano de derechos humanos. Por el otro, se explica la recepción del modelo colombiano en la configuración de las acciones constitucionales y en la configuración de la estructura interna de la Corte Constitucional. La selección de estas cuatro (4) temáticas servirá para explicar el contexto y las razones que dieron lugar al proceso de recepción y trasplante, y las condiciones en que se efectuó.

1.3. Los procesos de intercambio jurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

En tercer lugar, se exploraron los procesos de intercambio jurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. En efecto, la jurisprudencia constitucional constituye la categoría normativa por excelencia, en la medida en que concreta y precisa los vagos, etéreos e indeterminados preceptos constitucionales, y en la medida en que históricamente ha sido uno de los canales más importantes por medio de los cuales se ha logrado materializar la aproximación entre los distintos sistemas constitucionales. Su análisis constituye entonces un paso ineludible para comprender y explicar el fenómeno de la globalización del derecho constitucional.

Para abordar esta investigación se efectuaron cuatro tipos de análisis. En primer lugar, un análisis de la *citación de instrumentos normativos foráneos*, de acuerdo con las pautas siguientes:

1. Se analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Si bien es cierto que existen otros organismos judiciales que cumplen importantes y delicadas funciones constitucionales, como los jueces ordinarios que resuelven día a día las acciones constitucionales de protección de derechos, la Corte Constitucional es el órgano rector del

- sistema, encargado de definir los grandes lineamientos del control constitucional y el sentido y alcance del texto constitucional, y de revisar las decisiones constitucionales de la justicia ordinaria. Por este motivo, y aunque la justicia constitucional no se agota en modo alguno en la Corte Constitucional, resulta válido y útil circunscribir el análisis a la jurisprudencia del órgano rector.
2. Se analizó el período 2009-2010. Esta restricción temporal se explica por razones distintas: primero, porque la naturaleza y notas características de la jurisprudencia, como su abundancia textual, aumentan drásticamente la complejidad del análisis de esta fuente del derecho. En segundo lugar, como el análisis de la jurisprudencia pretende ser conectado con el examen de la LOGJCC, que entró en vigencia a finales del año 2009, la investigación debe recaer necesariamente sobre las decisiones judiciales producidas con posterioridad a esta fecha. Finalmente, la relatoría de la Corte versa sobre los fallos expedidos a partir del año 2007.
 3. Se hizo un inventario de las citaciones de los siguientes sistemas constitucionales foráneos: colombiano, español, peruano e interamericano. Estos referentes fueron utilizados por las razones siguientes: por un lado, una revisión general de la jurisprudencia de la Corte Constitucional reveló que las principales fuentes de contacto eran justamente estos órdenes constitucionales, por lo que bien valía la pena esta limitación. Pero además, el estudio efectuado en relación con la asistencia, la participación y la realización de eventos académicos, y en relación con la LOGJCC, puso de presente los intereses centrales del constitucionalismo ecuatoriano: frecuentes visitas y conferencias de expertos constitucionalistas españoles, asistencia a foros y conferencias en el Perú, incorporación de pautas jurisprudenciales colombianas y de reglas del sistema interamericano en la LOGJCC, revelaron que el constitucionalismo ecuatoriano tenía un interés especial en estos sistemas.
 4. Para identificar la citación de estos sistemas se revisó la totalidad de decisiones judiciales de la Corte Constitucional, y por medio de buscadores digitales se verificó que contuvieran alguno de los textos siguientes: “Colombia”, “Perú”, “interamericana”, “Corte IDH” y “España”.

5. Las decisiones judiciales fueron tomadas directamente del portal de la Corte Constitucional del Ecuador (www.corteconstitucional.gob.ec).
6. Con respecto a los sistemas colombiano, peruano y español, se identificaron las citaciones de legislación, jurisprudencia o doctrina. Con respecto al sistema interamericano de derechos humanos, el análisis se circunscribió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y particularmente a sus sentencias y opiniones consultivas; se descartaron los demás instrumentos del sistema, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tratados complementarios, y los instrumentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
7. A partir de las directrices anteriores se elaboró un cuadro que presenta la información siguiente: sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana que contiene la referencia, y el sistema constitucional, la fuente del derecho, la norma, el tema y la forma de citación.
8. Los resultados de esta investigación se encuentran en el anexo 10 del presente libro.
9. Finalmente, a partir del inventario anterior se establecieron dos datos adicionales: por un lado, la distribución de citaciones entre los sistemas constitucionales colombiano, interamericano, español y peruano; con ello se pretende determinar la importancia relativa de cada uno de estos órdenes en el constitucionalismo ecuatoriano. Por otro lado, se estableció la proporción de sentencias con citación de sistemas constitucionales foráneos, en relación con el total de decisiones proferidas por la Corte Constitucional del Ecuador en el mismo período. Para establecer esta proporción se tuvieron en cuenta los datos estadísticos proporcionados en la página web de esta entidad.

Los resultados de esta indagación se encuentran en el anexo 11 del presente libro.

En segundo lugar, se elaboró un *registro de las citaciones explícitas del sistema jurídico ecuatoriano en los fallos judiciales de la Corte Constitucional de Colombia*. La finalidad de este registro es determinar hasta qué punto existe un proceso de retroalimentación entre los dos sistemas jurídicos, o si por el contrario se trata más bien de una dinámica unilateral en la que un orden constitucional se limita a replicar otro modelo.

Para realizar este registro se tuvieron en cuenta los parámetros metodológicos siguientes:

1. Se analizó la totalidad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, por tratarse del órgano rector del sistema constitucional.
2. Se analizó el período 1992-2010, lo que permite tener una visión completa de la citación del sistema constitucional ecuatoriano en la jurisprudencia de la Corte colombiana.
3. Se tuvieron en cuenta los fallos en los que existe una citación expresa del sistema jurídico ecuatoriano, independientemente de la fuente formal del derecho objeto de la referencia. Para tal efecto se hizo uso de los buscadores digitales de la propia Corte Constitucional que se encuentran en el respectivo portal (www.corteconstitucional.gov.co).
4. A partir de las directrices anteriores se elaboró un cuadro con el inventario de citaciones, que presenta la información siguiente: sentencia de la Corte colombiana que contiene la citación, la fuente del derecho citada, la temática abordada y la forma en que se efectúa la referencia.
5. Los resultados de esta investigación se encuentran en el anexo 12 del presente libro.

En tercer lugar, se efectuó un *análisis comparativo entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana y colombiana referida al control constitucional de los estados de excepción*. Tal como se explicará más adelante, la LOGJCC incorporó algunas de las pautas jurisprudenciales de la Corte Constitucional de Colombia en esta materia. Lo que se pretende en este estudio es establecer si este proceso de recepción se ha trasladado a la jurisprudencia, o si por el contrario no ha tenido un impacto real en las decisiones concretas y efectivas de los operadores jurídicos ecuatorianos.

Para efectuar este análisis se tuvieron en cuenta las pautas metodológicas siguientes:

- En primer lugar, se elaboró un inventario de la totalidad de sentencias emitidas por la Corte Constitucional de ambos países entre los años 2008 y 2010, referidas al control constitucional de los estados de excepción. Esta restricción temporal se explica por dos razones: por un lado, en el caso ecuatoriano el control constitucional de los

estados de excepción apareció con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, por lo que el estudio respectivo debe efectuarse a partir de este momento; por otro lado, dada la gran cantidad de declaratorias de estados de excepción adoptadas en los últimos años en ambos países, el estudio de las decisiones judiciales respectivas permite identificar los lineamientos y políticas judiciales adoptadas en esta materia.

- En segundo lugar, este inventario contiene la información siguiente: sentencia o decisión judicial, decreto de estado de excepción sobre el cual se pronuncia, contenido general del decreto, y decisión adoptada por el juez constitucional. Los inventarios se encuentran en los anexos 13 y 14, correspondientes a los casos ecuatoriano y colombiano, respectivamente.
- En tercer lugar, a partir del análisis del contenido de las decisiones judiciales anteriores, se elaboró un cuadro comparativo de las reglas jurisprudenciales ecuatoriana y colombiana relativas a los estados de excepción. Con ello se pretende establecer si el trasplante jurídico efectuado en la LOGJCC ha tenido continuidad en la jurisprudencia del juez constitucional ecuatoriano. La comparación de estas reglas jurisprudenciales se encuentran recogidas en el cuadro que se encuentra en el anexo 15 de este libro.

Finalmente, y con el objeto de efectuar una evaluación cualitativa de los procesos de recepción en el constitucionalismo ecuatoriano, se analizaron las características de la *recepción jurisprudencial de las técnicas de la ponderación y del test de proporcionalidad*. El objetivo de este examen es establecer hasta qué punto la utilización de estas metodologías ha sido exitosa en el constitucionalismo ecuatoriano.

Para realizar este análisis se siguieron las pautas metodológicas siguientes:

1. Primero, se identificó la estructura fundamental de estas técnicas a partir de las paradigmáticas presentaciones de Robert Alexy y de uno de sus principales difusores en la región, Carlos Bernal Pulido.¹⁰

10 Para tal efecto, se tuvieron en cuenta los textos siguientes: “La fórmula del peso”, de Robert Alexy y “La racionalidad de la ponderación”, de Carlos Bernal Pulido. Ambos textos se encuentran en Carbonell, Miguel, ed. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

2. Posteriormente se registraron la totalidad de sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana que hacen uso del test de proporcionalidad y de la ponderación, teniendo en cuenta todos aquellos fallos que según el buscador virtual de dicho organismo contienen las expresiones “pondera”, “ponderación”, “test de razonabilidad” y “test de proporcionalidad”. Este registro se encuentra en el anexo 16.
3. Finalmente, se establecieron las continuidades y las rupturas entre la formulación “clásica” de estas dos herramientas argumentativas, y su recepción en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. El registro que contiene las discordancias entre una y otra se encuentra en el anexo 17.

Este análisis permitirá determinar las características y los contornos de los procesos de intercambio jurídico en el Ecuador.

Capítulo 1

Los procesos de aproximación
y convergencia
en el constitucionalismo
ecuatoriano

1. Introducción

Casi que por definición, la globalización del derecho se asocia a las ideas de convergencia y de armonización. Así como en otros contextos sugiere la imagen de una homogenización de patrones culturales o de una creciente interdependencia comercial entre los distintos agentes económicos, el planteamiento mismo de una globalización del derecho se asocia directa y automáticamente con la idea de un acercamiento creciente, progresivo y estructural entre los sistemas jurídicos. Estos procesos de convergencia y armonización implicarían la adopción de soluciones jurídicas iguales o similares frente a los mismos supuestos o patrones fácticos en ordenamientos jurídicos diferentes.¹¹ Según esta versión de la globalización, existe una confluencia ineludible, permanente y progresiva de patrones jurídicos entre los ordenamientos constitucionales.

Autores paradigmáticos como Mark Tushnet afirman que el derecho constitucional contemporáneo se caracteriza por una ruptura fundamental, pues ha pasado de elaborarse de manera autónoma y aislada por cada Estado, a construirse a partir de un amplio intercambio con los demás

11 Según Pablo A. Ianello, “la convergencia es el mecanismo a través del cual se adoptan soluciones similares en sistemas legales diferentes, generando que los sistemas jurídicos del mundo confluyan hacia patrones legales semejantes”. Al respecto véase Ianello, Pablo A. “Eficiencia y recepción de los trasplantes legales. El caso del Cramdown Power”. *Latina American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. UC Berkeley, Berkeley Program in Law and Economics, abril 2008.

sistemas constitucionales nacionales; de este modo, en la actualidad las notas características fundamentales de cada ordenamiento solo pueden ser explicadas a partir de sus nexos con los demás órdenes: “Yo uso el término ‘globalización’ para sugerir la convergencia entre los sistemas constitucionales nacionales, en su estructura y en su protección de los derechos humanos fundamentales”.¹²

En el mismo sentido, Anne-Marie Slaughter sostiene que las transformaciones más importantes del mundo contemporáneo se han producido por la aparición de un nuevo y auténtico orden jurídico transgubernamental, en el que el contenido y el funcionamiento de los sistemas jurídicos ya no se explica por referencia a sí mismos, sino por su interrelación con los demás. Mediante diferentes mecanismos (formales e informales, pero particularmente por medio de la conformación de “redes”), los sistemas jurídicos tienden a estandarizarse y a tener patrones comunes. El resultado de todo ello es una aproximación sistemática y estructural entre los sistemas constitucionales que concurren y participan en la construcción de este nuevo orden global. En este contexto, la idea de un Estado soberano, autónomo e independiente, cuya manifestación es un orden jurídico igualmente autónomo e independiente, es hoy en día tan solo una quimera y una ficción. En otras palabras, la globalización no concierne solo a la economía o a la política, sino que se extiende al fenómeno jurídico en su integridad.¹³

En ese contexto, en esta primera parte de la investigación se pretende poner a prueba esta representación, a partir del análisis de un sistema jurídico en particular: el constitucionalismo ecuatoriano. Con fundamento en el estudio de campo realizado se defenderá una postura diferente a la planteada en los párrafos precedentes: a pesar del interés de los operadores jurídicos ecuatorianos en promover la aproximación con otros órdenes constitucionales, el proceso de convergencia y armonización ha tenido resultados tímidos y exiguos, de modo que existen grandes áreas y espacios en los que la producción jurídica se ha efectuado al margen de otros sistemas constitucionales, e incluso en contraposición con

12 Traducción libre. Tushnet, Mark. *The inevitable globalization of constitutional law*. Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Paper n.º 09-06.

13 Slaughter, Anne-Marie. *Judicial globalization*. Virginia Journal of International Law, n.º 40, 2000; también de la misma autora: *A New World Order*. New Jersey, Princeton University Press, 2004.

estos. Se presenta entonces un fenómeno paradójico: por un lado, un creciente interés en los procesos de globalización del derecho constitucional, y, por otro, una producción jurídica alejada del intercambio jurídico.

Para demostrar esta idea se seguirá el procedimiento siguiente. En primer lugar, se explicará en qué sentido ha existido en el constitucionalismo ecuatoriano un indiscutible e inequívoco interés por promover el intercambio jurídico. Como manifestaciones representativas de este interés se encuentran, entre otros, la asistencia, la participación y la realización de eventos académicos por parte del Tribunal y de la Corte Constitucional, la recepción de instrumentos normativos foráneos en la legislación nacional, y la proliferación de citas extranjeras en la jurisprudencia constitucional.

En segundo lugar, se explicarán las razones por las que a pesar de este interés, los resultados del intercambio han sido limitados. Para tal efecto se ofrecen cuatro explicaciones: primera, ha existido una falta de continuidad en los procesos de aproximación con otros sistemas constitucionales; un caso ejemplificativo se encuentra en la ruptura que la jurisprudencia constitucional ha dado a los procesos de intercambio que se iniciaron a nivel legislativo, particularmente en la Constitución de 2008 y en la LOGJCC. Segunda, en ocasiones la aproximación a otros sistemas jurídicos se ha efectuado de manera desestructurada, tal como ha ocurrido con la citación de instrumentos del sistema internacional y regional de derechos humanos y de los sistemas constitucionales foráneos en la jurisprudencia constitucional. Tercera, han existido algunos malentendidos en la comprensión y utilización de las herramientas conceptuales del constitucionalismo global contemporáneo, tal como efectivamente ha ocurrido con el denominado “test de proporcionalidad” y la técnica de la ponderación. Cuarta, la aproximación al constitucionalismo foráneo se ha hecho más desde la teoría general del derecho que desde las técnicas específicas para la interpretación y aplicación del derecho, que desde los problemas específicos del derecho constitucional sustancial y procesal. Finalmente, el acercamiento al constitucionalismo foráneo ha tenido más una connotación retórica y discursiva que un impacto real y efectivo en las prácticas y decisiones de los operadores jurídicos, tal como se evidencia en la jurisprudencia constitucional.

A partir de las consideraciones anteriores se obtendrán algunas conclusiones sobre el proceso de intercambio jurídico en el constitucionalismo

ecuatoriano y sobre los procesos de convergencia y armonización jurídica en general.

2. El interés del constitucionalismo ecuatoriano en el intercambio jurídico

Lo primero que puede evidenciarse es un claro, inequívoco y creciente interés en el intercambio jurídico. El trabajo de campo efectuado demuestra claramente la “atracción” y “fascinación” del constitucionalismo ecuatoriano por el intercambio jurídico. A continuación examinaremos tres manifestaciones de este fenómeno: la asistencia y realización de eventos académicos de intercambio por parte del Tribunal y de la Corte Constitucional, la influencia de otros sistemas jurídicos en la LOGJCC, y la citación de fuentes foráneas en la jurisprudencia constitucional.

2.1. La asistencia y realización de eventos académicos de intercambio jurídico

En primer lugar, el interés del constitucionalismo ecuatoriano por el intercambio jurídico se pone de manifiesto con las actividades de tipo académico emprendidas por los operadores jurídicos constitucionales ecuatorianos, y particularmente por el Tribunal y la Corte Constitucional.

Por un lado, la asistencia a estos eventos ha sido una constante en el constitucionalismo ecuatoriano (ver anexo 1). Un examen de esta asistencia en el período 2002-2010 pone de presente la “curiosidad” del Tribunal y de la Corte por otros sistemas jurídicos. Así, en el período 2002-2005 se efectuaron extensos cursos anuales de capacitación en la Universidad Carlos III de Madrid, a los que asistieron vocales y asesores del organismo. Esta actividad no puede ser menospreciada, teniendo en cuenta que los funcionarios se trasladaron directamente a España, y que además el curso anual tenía una duración aproximada de tres (3) semanas. El esfuerzo administrativo, logístico y presupuestal revela que el Tribunal

Constitucional de aquel entonces consideró que se trataba de una actividad prometedor y provechosa.

A partir del año 2006 se alteran las dinámicas en la asistencia a estos foros. Por un lado, se incrementan significativamente, y, por otro, se diversifican los escenarios que son tomados como referentes para el intercambio jurídico, dejando de ser España el paradigma del vínculo académico. Así, mientras entre los años 2001 y 2005 los vocales y asesores asistieron a los cursos de la Universidad Carlos III de Madrid, entre los años 2006 y 2010 los jueces y asesores asistieron a seminarios, foros y congresos de derecho constitucional realizados en países como Chile, Colombia, México, Perú, Guatemala, Argentina, Brasil, Venezuela, Uruguay y República Dominicana. De igual modo, mientras en el año 2003 se asistió únicamente a un evento académico (en la Universidad Carlos III de Madrid), en el año 2010 se asistió a 18 distribuidos así: 5 en Colombia, 2 en Argentina, 2 en Brasil y 1 en Cuba, Italia, Uruguay, República Dominicana, México, Panamá, España y Estados Unidos (ver anexo 1).

Por otro lado, la identificación y análisis de los eventos académicos realizados por la propia Corte Constitucional en el período 2003-2010 demuestra el interés de este organismo por promover directamente y por jugar un rol activo en los procesos de aproximación y convergencia (ver anexo 7). Ya en el año 2003 se realizó el primer Congreso Ecuatoriano de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, y en el período comprendido entre el 2004 y el 2006, bajo la vigencia del convenio con la Universidad Carlos III de Madrid, se realizaron diferentes seminarios monográficos sobre temáticas como los derechos humanos y la integración, o el impacto del derecho constitucional en el funcionamiento de la administración pública.

Nuevamente, y al igual que en el caso de la asistencia a foros de intercambio jurídico, el año 2006 marca un nuevo rumbo. Cuantitativamente se incrementaron los eventos organizados y realizados por el Tribunal y la Corte; mientras que en el año 2003 se realizó un único seminario, en el año 2010 se realizan distintas actividades: las importantes Jornadas Constitucionales distribuidas en seis largas sesiones durante 6 meses, el diplomado con la Universidad Central del Ecuador, y dos Congresos Internacionales (“Nuevo constitucionalismo ecuatoriano: balance y perspectivas” y “Constitucionalismo latinoamericano en la encrucijada: ¿garantismo o utilitarismo?”) (ver anexo 7).

En lo cualitativo también se evidencian transformaciones importantes: el referente fundamental deja de ser el constitucionalismo español, como lo había sido entre el 2003 y el 2006, y ahora se instala en países como Colombia, Argentina o Perú; así por ejemplo, en las denominadas “Jornadas Constitucionales” del año 2010 no solo participan españoles de la talla de Gerardo Pisarello, sino que se incorporan extranjeros como Alexei Julio de Colombia (ver anexo 7); en el mismo sentido, la oferta docente en el Diplomado Superior en Derecho Constitucional del año 2010 se encuentra integrada no solo por españoles como Antonio Cabo de la Vega, Bartolomé Clavero o Gerardo Pisarello, sino también por colombianos como Ricardo Sanín Restrepo, Alejandro Ramelli, Juan Montaña Pinto, Danilo Rojas, Humberto Sierra Porto, Diego López Medina, Catalina Botero y Alexei Julio, peruanos como César Landa, argentinos como Víctor Abramovich y portugueses como Boaventura de Sousa (ver anexo 8). Otro cambio significativo radica en la apertura hacia novedosos y creativos mecanismos de intercambio jurídico, que rebasan el tradicional seminario; así, mientras en los años 2002, 2003, 2004 y 2005 el interés por la interrelación se materializa mediante de la realización de congresos internacionales, en los años 2009 y 2010 se incursiona en las denominadas “Jornadas Constitucionales”, dirigidas al personal de la Corte y protagonizadas por grandes referentes del constitucionalismo hispanoamericano, y en la realización de cursos de educación formal, particularmente, en la realización de diplomados en convenio con la universidad pública.

En definitiva, puede evidenciarse un alto nivel de dinamismo por parte de la Corte ecuatoriana, sobre todo, un notorio interés por enriquecer la actividad de sus operadores jurídicos a partir del contacto con los demás sistemas constitucionales. Subyace entonces la convicción de que la calidad y el rigor en la producción jurídica puede ser promovida a partir del contacto con el constitucionalismo regional. No de otro modo se explica el evidente e indiscutible esfuerzo presupuestal, administrativo y técnico desplegado para asistir y para realizar foros de este tipo. Existe así no solo interés personal de los operadores jurídicos, sino un interés de tipo institucional.

Este esfuerzo es aún más notorio cuando se compara la actividad desplegada por otras cortes y tribunales constitucionales de la región. Por

mencionar tan solo un ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia no patrocina a su personal para asistir a eventos académicos internacionales, y tampoco realiza foros, congresos o encuentros globales o regionales. La única actividad que se realiza anualmente son los denominados “Encuentros de la jurisdicción constitucional”, protagonizados únicamente por sus magistrados, y en el que no parece evidenciarse mayor interés por la aproximación con otros sistemas jurídicos; se trata más bien de encuentros internos en los que se debaten problemáticas locales. Quizás el dinamismo de la Corte ecuatoriana es únicamente comparable a la del Tribunal Constitucional peruano, que por intermedio de su Centro de Estudios Constitucionales se ha convertido en un actor determinante en la aproximación con otros sistemas constitucionales.

Es probable que este dinamismo de la Corte ecuatoriana se encuentre facilitado por dos factores: por un lado, por el hecho de que el organismo se encuentre por fuera de la función judicial, lo que le permite tener un alto nivel de autonomía presupuestal y administrativa; en aquellos países en los que el tribunal constitucional depende administrativa y presupuestalmente de un Consejo de la Judicatura, este tipo de actividades se encuentra seriamente restringida. Por otro lado, la existencia de un Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional al interior del propio organismo permite focalizar y materializar este interés por los procesos de aproximación y convergencia.

En cualquier caso, lo cierto es que el interés de la Corte Constitucional ecuatoriana por el intercambio jurídico se evidencia en este amplio repertorio de actividades académicas.

2.2. Los procesos de aproximación jurídica en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)

La LOGJCC es el resultado de amplios y profundos procesos de recepción de otros sistemas constitucionales. Cuestiones cruciales relativas a los procesos constitucionales y a la estructura y funcionamiento de la justicia constitucional, fueron reguladas “a imagen y semejanza” de otros ordenamientos jurídicos. Veamos algunos ejemplos.

En primer lugar, el sistema interamericano de derechos humanos ejerció una influencia decisiva en el contenido de la mencionada ley. Tal como se indica en el anexo 9, este sistema fue determinante en la estructuración de sus artículos 18, 26, 27, 28, 29, 11 y 123, que se refieren al contenido de la reparación integral y a las medidas cautelares autónomas.

Con respecto a la reparación integral, debe tenerse en cuenta que originalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) concibió los procedimientos ante la Corte Interamericana como mecanismos para evitar o hacer cesar la violación de los derechos humanos, más que como mecanismos reparatorios. Es por este motivo que los artículos 63 y 68, numeral 2, hacen una referencia marginal a la indemnización de perjuicios como forma de reparación.

No obstante, la Corte IDH entendió de una manera muy amplia el artículo 63 de la CADH y le ha dado un alcance insospechado a lo que originalmente se concibió como indemnización. Para tal efecto se ha valido de la teoría de la reparación integral utilizada en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho administrativo, incluyendo en ella las denominadas “restitución”, “compensación”, “satisfacción”, “rehabilitación” y las “garantías de no repetición”. De este modo, al lado de la clásica y tradicional indemnización de perjuicios a las víctimas directas e indirectas por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos, la Corte suele ordenar otros tipo de medidas, tales como actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional, realización de capacitaciones a operadores jurídicos o miembros de la fuerza pública, reformas normativas de orden constitucional o legal, e incluso actos simbólicos como construcción de monumentos en nombre de las víctimas. En definitiva, la Corte IDH ha elaborado una muy refinada teoría sobre el contenido y el alcance de la reparación integral.

Pues bien. El artículo 18 de la LOGJCC incorpora estos desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH, indicando al juez constitucional los componentes de la reparación integral que debe tener en cuenta al fallar las acciones constitucionales de protección de derechos. Es decir, el artículo 18 de la LOGJCC eleva a nivel legal los desarrollos jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos.

Por eso, en el primer inciso del artículo 18 se mencionan en general los componentes de la reparación cuando establece que:

la reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que le hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención en salud.

El inciso segundo, por su parte, define el contenido de la compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos; así, en cuanto a los primeros se alude tácitamente al daño emergente y al lucro cesante, y en cuanto a los segundos se alude a la compensación por el daño moral y a lo que en la doctrina se conoce como “alteración en las condiciones de existencia”.

Con las denominadas “medidas cautelares autónomas” previstas en la misma LOGJCC, sucede algo semejante. En efecto, en la tradición ecuatoriana, y en la tradición latinoamericana en general, las medidas cautelares se podían dictar únicamente en el marco de los procesos judiciales. Sin embargo, queriendo imitar en este punto el sistema procesal del sistema interamericano, particularmente el artículo 25, numeral 2 del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tanto la Constitución de 2008 como la LOGJCC prevén las denominadas “medidas cautelares autónomas”, que ahora pueden ser solicitadas y decretadas por fuera e independientemente de los procesos constitucionales de protección de derechos (art. 87, Constitución; arts. 26-38, LOGJCC).

Pero no solo fue determinante el sistema interamericano de derechos humanos en la estructuración de la ley. La experiencia constitucional de otros países de la región lo fue aún más. El caso emblemático es Colombia, que ejerció una influencia decisiva en el contenido de la LOGJCC. Nuevamente, el anexo 9 indica las temáticas en las que se ejerció esta amplia y profunda determinación.

En efecto, la mencionada ley se encuentra estructurada en siete (7) títulos, en cada uno de ellos el constitucionalismo colombiano fue decisivo. Así, por ejemplo, en el título II, referido a los procesos constitucionales de protección de derecho se ejerció influencia en materias como la distribución de competencias en primera y segunda instancia (art. 7, LOGJCC), el sistema de selección de sentencias por la Corte Constitucional (art. 25, LOGJCC), la no subsidiariedad de la acción de

protección (art. 40), y la procedencia de la acción de protección frente a particulares en las hipótesis de relación de subordinación o indefensión (art. 61).

Así, el artículo 40 de la LOGJCC dispone expresamente que la acción de protección proceda cuando no exista “otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Este requisito, no previsto expresamente en la Constitución de 2008, fue tomado del artículo 86 de la Constitución de 1991 y de los matices que jurisprudencialmente ha establecido la Corte colombiana en relación con la idoneidad y eficacia de los mecanismos judiciales alternativos. Con la introducción de esta exigencia se introdujeron filtros a la acción de protección, impidiendo apelar a esta vía cuando el mismo sistema jurídico prevea las vías ordinarias.

Otro punto medular en las acciones constitucionales de protección de derechos se refiere a la distribución de competencias entre los órganos judiciales. En efecto, bajo el régimen constitucional anterior dichas acciones eran resueltas en primera instancia por los tribunales, y en segunda instancia por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, este modelo fue criticado por congestionar inútilmente al órgano rector del sistema, al tener que resolver multitudinarios recursos de apelación en contra de las sentencias de los jueces de primera instancia. Para asegurar que la Corte Constitucional se limitara a fijar las directrices jurisprudenciales en la materia, se adoptó el modelo colombiano consagrado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 36 del decreto 2591 de 1991: la justicia ordinaria resuelve las acciones en primera y segunda instancia, y estas son enviadas en su totalidad a la Corte, que selecciona las sentencias para su revisión.

Finalmente, el artículo 25 de la misma LOGJCC, referido al sistema de selección de sentencias por parte de la Corte Constitucional, fue estructurado a partir del modelo constitucionalismo colombiano. En efecto, allí se dispone que las sentencias de protección de derechos resueltas en primera y en segunda instancia por la justicia ordinaria, deben ser remitidas en su totalidad a la Corte Constitucional, para que sean seleccionadas discrecionalmente para su revisión, según los criterios de gravedad del caso, novedad jurisprudencial, interés nacional, o negación del precedente judicial. De igual modo, se dispone que cualquiera de los jueces o el

Defensor del Pueblo pueden solicitar o insistir en la selección del respectivo caso. Pues bien, este sistema de selección “replica” el modelo colombiano establecido en el artículo 86 de la Carta fundamental, los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, los artículos 49 a 52 del reglamento interno de la Corte Constitucional, e incluso la “costumbre constitucional” que se ha configurado al interior del organismo sobre los criterios y el sistema de selección.

Con respecto a los procesos de constitucionalidad abstracta (título III), la LOGJCC incorpora muchos de los lineamientos y estándares del derecho colombiano, como ocurre, por ejemplo, con la introducción de la acción de inconstitucionalidad como acción pública abierta (art. 77, LOGJCC), el denominado “control integral” (art. 76, numeral 1, LOGJCC), el principio de instrumentalidad de las formas y el procedimiento (art. 76, numeral 7, LOGJCC), la posibilidad de ejercer un control constitucional sobre las disposiciones derogadas que producen efectos jurídicos (art. 76, numeral 8, LOGJCC), las presunciones de unidad normativa (art. 76, numeral 9, LOGJCC), la previsión de las intervenciones públicas dentro de los procesos (art. 85, LOGJCC), la exigencia de que las sentencias identifiquen los argumentos expuestos por los intervinientes en el proceso (arts. 86 y 91, LOGJCC), la facultad para proferir sentencias de constitucionalidad diferida o retroactiva (art. 95, LOGJCC), la prohibición de formular nuevas demandas de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones jurídicas que han sido objeto de control mientras se mantenga el fundamento normativo de la decisión (art. 96, numeral 2, LOGJCC), la previsión del examen de la competencia de la Asamblea Nacional para enmendar y reformar la Constitución dentro del examen de constitucionalidad (art. 103, numeral 2, LOGJCC), la previsión del control constitucional de la aprobación legislativa de los tratados internacionales (art. 111, LOGJCC), los parámetros para el control formal y procedimental de las leyes (arts. 114-118, LOGJCC), los estándares para el control de los estados de excepción y de los mecanismos de participación popular directa (arts. 102-105, 120-123 y 127, LOGJCC), las reglas para el control de las omisiones normativas inconstitucionales relativas (art. 129, numeral 2, LOGJCC), entre muchos otros (ver anexo 9).

Finalmente, con respecto a la estructura de la justicia constitucional, el constitucionalismo colombiano fue determinante en la definición de la

estructura interna de la Corte, en particular en la sustitución de las antiguas salas por las denominadas “salas de selección” y “salas de revisión” (arts. 198-199, LOGJCC), la exigencia de juez ponente (art. 195 LOGJCC), la integración rotativa de las salas (arts. 198 y 199, LOGJCC), y las competencias otorgadas a los jueces y a las cortes provinciales (arts. 166-169, LOGJCC).

Examinemos algunos ejemplos específicos.

Con respecto al control abstracto de constitucionalidad, la influencia de la LOGJCC fue decisiva y determinante. Un ejemplo se refiere al denominado “control integral”. Sin que estuviera definido normativamente, el control constitucional ejercido históricamente por el Tribunal ecuatoriano se limitó al análisis de los cargos señalados por los demandantes en la demanda respectiva, probablemente como una derivación del principio democrático. Por este motivo, si el cargo formulado en la demanda de inconstitucionalidad no era adecuado, el Tribunal necesariamente se abstenía de declarar la respectiva inconstitucionalidad, a pesar de la hipotética existencia de una incompatibilidad con la Constitución; esto podría ocurrir, por ejemplo, si el demandante alegaba un vicio procedimental y el cargo no prosperaba por este motivo, pero la norma demandada era materialmente incompatible con la Carta política.

El derecho constitucional colombiano, por el contrario, hasta hace muy poco había tendido hacia lo que se denomina “control integral”, por medio del cual el juez constitucional tiene la obligación de confrontar la disposición acusada con todo el texto constitucional, más allá de los cargos formulados por el demandante. En estas circunstancias, puede suceder que una disposición jurídica sea declarada inconstitucional por vulnerar algún precepto constitucional, aunque no haya sido planteado de este modo en la correspondiente demanda de inconstitucionalidad. Recogiendo esta práctica, el artículo 241 de la Constitución colombiana dispuso que la Corte:

deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución [...] La Corte [...] podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional así ésta no hubiere sido invocada...

Pues bien, con el objeto de fortalecer el control constitucional, la nueva LOGJCC recoge la tradición colombiana disponiendo que en los procesos de inconstitucionalidad abstracta “se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por que (sic) no fueron invocadas expresamente por el demandante” (art. 76, numeral 1, LOGJCC). Aunque esta cláusula no ha tenido aplicación, ya existe la previsión legal.

El segundo ejemplo se refiere a los estándares para el control de los mecanismos de participación popular directa, y especialmente los encaminados a garantizar la libertad del elector. Lo que ocurrió aquí fue la incorporación a nivel legislativo de reglas que en Colombia tienen naturaleza y rango jurisprudencial. Este tipo de controles resultan especialmente importantes en un contexto como el latinoamericano, donde, o bien se utilizan políticamente estos dispositivos como sofismas de distracción, o se utilizan como mecanismos de manipulación para introducir reformas cuya legitimidad y conveniencia resulta bastante dudosa.

Muy significativos resultan los artículos 104 y 105 de la LOGJCC, en los que se establecen unos parámetros para el control de los “considerandos que introducen las preguntas” y del “cuestionario” de las consultas populares. Así, la Corte debe verificar que los considerandos (o en la terminología colombiana, “notas introductorias”) no induzcan respuestas en el elector, que sean concordantes con la reforma propuesta, que se expresen en lenguaje valorativamente neutro, que exista una relación directa de causalidad entre el texto normativo y la finalidad que allí se señala, y que no se proporcione información superflua. Con respecto al cuestionario, la Corte debe verificar que cada pregunta involucre una sola cuestión (salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos), que la propuesta tenga efectos jurídicos y modificaciones reales al sistema jurídico, que el proyecto normativo no esté encaminado a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico, y que exista la posibilidad de aceptar o negarlas de manera individual.

Estos estándares de control contenidos en la LOGJCC reproducen en gran parte las reglas establecidas en la sentencia n.º C-551/03 de la Corte colombiana, en la que se examinó la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo efectuada por el gobierno del presidente Uribe para

reformular la Constitución. Los estándares establecidos en ella sirvieron como fundamento para declarar la inexecutable de la autorización para que los integrantes de los grupos armados al margen de la ley y vinculados a un proceso de paz fuesen designados como congresistas, diputados y concejales, la inclusión de una casilla para el voto en blanco y para el voto en bloque, y la mayor parte de las notas introductorias al cuestionario.

Algunas de estas notas introductorias inducían las respuestas en el elector al apelar a un lenguaje con alta carga emotiva y al no guardar una relación directa y estrecha con la propuesta de modificación normativa; consideraciones del tipo “para hacer efectiva la participación de la comunidad [...] en el control de los presupuestos de ingresos y gastos del Estado...”, “para proteger la sociedad colombiana, particularmente su infancia y su juventud, contra el uso de cocaína, marihuana, bazuco, éxtasis y cualquier otro alucinógeno...”, “para destinar el ahorro que produzca la supresión de las contralorías territoriales y las personerías a la educación y al saneamiento básico...”, o “para fortalecer los planes de educación y saneamiento básico y el sistema de seguridad social de las entidades territoriales...”, fueron declaradas inexecutable. En un buen ejercicio de síntesis, la LOGJCC incorpora todos estos estándares jurisprudenciales de la Corte colombiana a nivel legislativo.

Estos parámetros ya fueron utilizados por la Corte ecuatoriana al resolver sobre la convocatoria a consulta popular del año 2011 y sobre el referendo para modificar la Constitución. En los dictámenes 001-11-RC y 001-11-CP se efectúa un ejercicio argumentativo similar al realizado en la sentencia n.º C-551/03 de Colombia, y se adoptan decisiones similares a las adoptadas por su par colombiano en el año 2003. En términos generales se da vía libre a la consulta popular y al referendo, pero se modifican las notas introductorias con el objeto de garantizar la libertad del elector.

Finalmente, en cuanto a la organización y funcionamiento de la Corte Constitucional, es bien significativa la sustitución de las antiguas salas del Tribunal, por las nuevas salas de selección y revisión. En efecto, bajo el régimen constitucional anterior el Tribunal tenía tres salas con integrantes fijos, encargadas de resolver los recursos de apelación en contra de las sentencias de amparo; entre otras cosas, su desempeño fue duramente cuestionado porque al no existir canales de comunicación entre ellas ni criterios de decisión unificados, cada una funcionaba de manera autónoma e

independiente, por lo que la suerte de los procesos venía a depender de la suerte, es decir, de la sala en que quedara radicado el respectivo proceso de amparo; frente a una misma hipótesis de hecho, los casos eran resueltos de modo diferente según la Sala que lo resolviera.

En estas circunstancias, la LOGJCC se valió del modelo colombiano. La Corte Constitucional colombiana tiene una Sala Plena, 1 sala de selección y 3 salas de revisión. La sala plena resuelve los asuntos de inconstitucionalidad abstracta y los casos de tutela en los que exista cambio de jurisprudencia o una novedad jurisprudencial, mediante las llamadas “sentencias de unificación” (SU-); por su parte, la sala de selección se encarga de escoger las sentencias de tutela proferidas por la justicia ordinaria, y las salas de revisión revisan dichas sentencias. Dentro de las ventajas de este modelo, se encuentra el hecho de que la integración de las salas de revisión y decisión varía mensualmente de manera rotativa y por sorteos, permitiendo su fluidez permanente.¹⁴ Por otro lado, como las decisiones que implican un cambio de jurisprudencia o la definición de una nueva línea jurisprudencial deben ser adoptadas en sala plena, se asegura la unidad jurisprudencial.¹⁵ Bajo este esquema, entonces, no se podrían presentar los inconvenientes del anterior Tribunal Constitucional ecuatoriano.

Siguiendo el modelo colombiano, la LOGJCC dispuso que la Corte Constitucional ecuatoriana tuviese una sala de selección encargada de escoger las sentencias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública (art. 198 LOGJCC), y unas salas de decisión, encargadas de resolver sobre dichas sentencias (art. 199, LOGJCC); en ambos casos, su integración es rotativa y al azar (arts. 198-199, LOGJCC). Pero además, las sentencias que impliquen un cambio de jurisprudencia o una novedad jurisprudencial, deben ser resueltas por el Pleno (art. 191, numeral 2, literal c, LOGJCC). Nuevamente se presenta una recepción del modelo colombiano.

En definitiva, tanto el sistema interamericano como el constitucionalismo colombiano han ejercido una influencia decisiva en el constitucionalismo ecuatoriano en la normativa legal.

¹⁴ Reglamento Interno de la Corte Constitucional de Colombia, artículo 49.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 53.

2.3. La citación de instrumentos normativos foráneos en la jurisprudencia constitucional

La revisión de la jurisprudencia constitucional permite reafirmar el interés del constitucionalismo ecuatoriano en el intercambio jurídico. El anexo 10 contiene el inventario de la citación expresa de doctrina, legislación y jurisprudencia foránea, y particularmente del sistema interamericano de derechos humanos y del constitucionalismo español, colombiano y ecuatoriano, en las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana en el período comprendido entre los años 2008 y 2011. Por su parte, el anexo 11 consolida la información anterior. El análisis de este registro ofrece algunos elementos de juicio para evaluar estos procesos de interconexión en el Ecuador.

Lo primero que puede evidenciarse es que desde el punto de vista cuantitativo este registro representa el 6 por ciento de las sentencias expedidas durante este mismo período.¹⁶ Esta cifra puede considerarse muy significativa si se tienen en cuenta la ficha metodológica utilizada para su elaboración; tal como se indicó en la introducción, este registro incluye únicamente las referencias explícitas a los sistemas constitucionales nacionales de Colombia, España y Perú, y a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; significa esto que se encuentran excluidas las referencias a otros instrumentos del sistema interamericano, y las referencias al sistema mundial de derechos humanos y a otros sistemas constitucionales nacionales. Por otro lado, se debe tener en cuenta la dinámica de la producción jurisprudencial, pues usualmente se apela a la experiencia foránea cuando existen puntos oscuros cuya solución no es clara y contundente en el derecho positivo; en estas circunstancias, cuando un problema jurídico tiene una solución clara y evidente, o cuando ya ha sido abordado anteriormente por la propia jurisprudencia, la citación de sistemas jurídicos foráneos suele desaparecer. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de las veces la influencia ejercida por otros sistemas no se materializa en una cita

16 Esta cifra se obtuvo al comparar el número total de sentencias expedidas durante el período 2008-2011 según las estadísticas que se encuentran en la página web de la Corte Constitucional, con el número de sentencias que contienen las referencias foráneas indicadas.

explícita, sino que queda invisibilizada en el cuerpo del texto jurídico. En estas circunstancias, puede considerarse que este índice de citación es demostrativo del interés por la experiencia constitucional foránea.

Por otro lado, el repertorio de temáticas, categorías normativas y sistemas constitucionales objeto de citación es relativamente amplio.

En cuanto a las temáticas, el registro contenido en el anexo 10 muestra una muy amplia diversidad de intereses. Respecto de las problemáticas relacionadas con el derecho constitucional sustancial, se encuentran citas sobre principios y directrices generales como el contenido del estado constitucional, el estado social de derecho y la eficacia y el valor normativo de la Constitución, y sobre derechos constitucionales como el derecho a la igualdad, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, el derecho al debido proceso, el derecho a la doble instancia, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, los derechos de las comunidades indígenas, el derecho a la estabilidad laboral o los derechos de las personas privadas de la libertad. En el mismo sentido, se encuentra una muy amplia citación de cuestiones relacionadas con el derecho procesal constitucional, como el sustento de las sentencias intermedias, interpretativas y manipulativas, los requisitos y el alcance de la acción extraordinaria de protección, el principio de la cosa juzgada, el alcance del control concreto de constitucional, el principio de conservación del derecho en el control abstracto de constitucionalidad, la argumentación y la interpretación en materia constitucional, la finalidad y los requisitos de la acción por incumplimiento, el contenido del bloque de constitucionalidad, los límites a la libertad de configuración legislativa, el control constitucional de los tratados internacionales, el cumplimiento y ejecución de las sentencias constitucionales, las cargas argumentativas en las demandas de inconstitucionalidad, la motivación de las sentencias o la obligatoriedad del precedente judicial.

De igual modo, la jurisprudencia ecuatoriana apela a las más diversas fuentes del derecho foráneo. Así, se ha valido de textos constitucionales, particularmente de Colombia y Perú, e incluso de los antecedentes de dichos textos, como discusiones y discursos en la Asamblea Constituyente que antecedió a la Constitución colombiana de 1991. En el mismo sentido, se ha citado con alguna frecuencia legislación secundaria, como códigos penales y códigos de procedimiento penal, también de Colombia

y Perú. Más significativa parece ser la citación de jurisprudencia de otras altas cortes, como de la Corte Constitucional de Colombia y del Tribunal Constitucional del Perú; se encuentran incluso referencias a decisiones judiciales del Consejo de Estado de Colombia, que no es el órgano rector de la jurisdicción constitucional sino de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque evidentemente cumple funciones constitucionales. También se encuentran referencias a sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso en casos en que el Ecuador no ha sido parte sino países como Honduras, Argentina, Perú, Venezuela, Paraguay, México, Nicaragua o Surinam. El “grueso” de referencias encontradas responde a justamente la citación de jurisprudencia foránea. Además, se encuentra una muy significativa citación de doctrina foránea, de autores colombianos y peruanos como Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Arango, Rodrigo Uprimny Yepes, Mauricio García Villegas, Catalina Botero, Beatriz Londoño Toro, Arturo Hoyos, Diego Pazmiño Holguín, Devis Echandía, Luis Sánchez Dávalos, Orlando Alfonso Rodríguez, José Gregorio Hernández, César Rodríguez Garavito, Humberto Sierra Porto o Marco Gerardo Monroy Cabra. De manera excepcional se ha apelado a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso a la tradición y a la costumbre constitucional (ver anexo 10).

Finalmente, en cuanto a los sistemas constitucionales objeto de las referencias explícitas, puede evidenciarse que estas reflejan las mismas tendencias identificadas en relación con la asistencia y realización de eventos académicos de intercambio jurídico, y en relación con la LOGJCC. Tal como se explicó anteriormente, en el constitucionalismo ecuatoriano ha existido un interés creciente por el intercambio jurídico, y particularmente con el constitucionalismo colombiano. Así, los funcionarios de la Corte han asistido a una muy significativa cantidad de seminarios, congresos y foros de derecho constitucional realizados en Colombia y han invitado a reconocidos constitucionalistas colombianos a participar en las Jornadas Constitucionales, en el programa de especialización organizado conjuntamente con la Universidad Central del Ecuador y en los demás foros y congresos realizados entre los años 2006 y 2010. En el mismo sentido, el contenido de la LOGJCC responde en buena medida

a la influencia del derecho colombiano en temas particularmente importantes. En este contexto, la citación jurisprudencial viene a reflejar estas mismas tendencias; así, la mayor parte de referencias proviene del derecho colombiano, que representa el 67,5 por ciento del total, y que corresponde al 2,11 por ciento del total de decisiones judiciales producidas en este mismo período.

En sentido similar, la disminución en el interés por el constitucionalismo español que se refleja tanto en la LOGJCC como en los foros académicos, se evidencia también en la citación jurisprudencial; aunque se encuentra presente, viene a ser muy inferior a la del sistema interamericano de derechos humanos y a la del derecho colombiano: mientras que la citación colombiana representa el 67,1 por ciento y las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 22,2 por ciento, la española representa únicamente el 1,5 por ciento (ver anexo 11).

3. Los límites a los procesos de aproximación normativa en el constitucionalismo ecuatoriano

Hasta el momento se ha afirmado la existencia de un interés cierto, claro, inequívoco y creciente del constitucionalismo ecuatoriano por el intercambio jurídico, que se refleja tanto en las actividades desplegadas por el órgano rector del sistema, como en la Constitución, la legislación y la jurisprudencia. Este interés, sin embargo, contrasta de manera sorprendente con la forma en que esta “curiosidad” y convicción sobre las bondades del intercambio en la producción normativa, se ha materializado en el derecho positivo ecuatoriano. En este contexto, se presenta un resultado paradójico: por un lado, un esfuerzo institucional por emprender un proceso de aproximación con otros sistemas jurídicos, y por otro, unos resultados exiguos en este acercamiento.

A continuación se explican las razones de estas limitaciones.

3.1. Ausencia de continuidad en los procesos de recepción entre las distintas fuentes del derecho

Una primera limitación se refiere a las rupturas en el proceso de aproximación jurídica mediante las diferentes fuentes del derecho. En efecto, la producción jurídica requiere de la articulación de las distintas categorías normativas; así, dado el alto nivel de generalidad y abstracción del texto constitucional, resulta indispensable su concreción a través de la preceptiva legal y reglamentaria, y su posterior aplicación por intermedio de los operadores jurídicos (los jueces, la administración pública y los particulares). Únicamente el enlace entre estas categorías normativas hace posible el funcionamiento del derecho positivo.

Pues bien, lo que ha ocurrido en el constitucionalismo ecuatoriano reciente es que los procesos de aproximación normativa emprendidos por medio de una fuente del derecho, no han tenido continuidad en las demás. El esfuerzo de intercambio jurídico efectuado por una categoría normativa ha sido bloqueado y obstruido por las otras. Un ejemplo significativo de esta hipótesis se refiere a la relación entre la producción legislativa y la producción jurisprudencial: los procesos de aproximación jurídica emprendidos por aquella, no han tenido continuidad en esta última. Veamos dos casos específicos.

El primero de ellos se refiere a la organización y el funcionamiento de la Corte Constitucional en relación con las acciones constitucionales de protección de derechos. Tal como se explicó en el acápite anterior, el modelo de justicia constitucional en el Ecuador fue estructurado bajo la influencia del constitucionalismo colombiano. En estas circunstancias, la LOGJCC tomó de este sistema jurídico el sistema de distribución de competencias entre los órganos judiciales para el conocimiento y resolución de las acciones constitucionales de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública, y los criterios de selección de las respectivas sentencias por parte de la Corte Constitucional.¹⁷

17 Sobre este punto, véase Escobar García, Claudia. "Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador". *La justicia constitucional y su internacionalización*. Coords. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Mariela Morales Antoniazzi. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. Internet. <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2894/19.pdf>. Acceso: 12 julio 2011.

A pesar de que los lineamientos legislativos en esta materia son idénticos en los dos sistemas jurídicos, las prácticas y costumbres institucionales han llevado a resultados diversos y opuestos. Mientras que en el caso colombiano la revisión de las acciones constitucionales de protección de derechos (acciones de tutela) se lleva la mayor parte del esfuerzo institucional, en el caso ecuatoriano no ha tenido hasta el momento ninguna relevancia. En efecto, mientras que en Colombia las sentencias de tutela representan alrededor del 85 por ciento del total de fallos judiciales de la Corte Constitucional, con un promedio anual de 900 sentencias de tutela al año,¹⁸ en el caso ecuatoriano las estadísticas son totalmente distintas: del total de fallos judiciales expedidos a partir de la entrada en vigencia de la LOGJCC, ninguna de ellos es una sentencia de este tipo; tan solo se encuentran 28 sentencias de garantías jurisdiccionales seleccionadas y remitidas a sala de revisión.¹⁹ Tenemos entonces que bajo la misma preceptiva legal, la dinámica de producción judicial no es solo distinta, sino también opuesta.²⁰

- 18 Las estadísticas fueron tomadas de la información proporcionada por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid. Internet. <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/02-colombia.htm#Datos>. Acceso: 13 julio 2011. Estas sentencias corresponden a aproximadamente el 1 por ciento del universo de tutelas presentadas en todo el país, aunque algunas sostienen que representan el 2 por ciento y otros el 0,67 por ciento. El Consejo de la Judicatura no tiene aún cifras oficiales en este sentido. Sobre este punto véase Jaramillo, Isabel Cristina y Antonio Barreto Roza. "El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias". *Colombia Internacional* n.º 72, 2010. Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 53-86.
- 19 Las estadísticas oficiales de la Corte Constitucional arrojan las cifras siguientes:
1. Total de sentencias de garantías jurisdiccionales remitidas a la Corte Constitucional: 529.
 2. Total de sentencias de garantías jurisdiccionales para conocimiento de la sala de selección: 413.
 3. Sentencias de garantías jurisdiccionales no seleccionadas y archivadas: 3 186.
 4. Sentencias de garantías jurisdiccionales seleccionadas y remitidas a la sala de revisión: 28. Internet. <http://186.42.101.7/casos/estadisticas2/resultados2.php>. Acceso: 12 julio 2011.
- 20 En cualquier caso, debe aclararse que estos resultados deben ser matizados por el hecho de que constitucionalmente, la Corte ecuatoriana tiene una mayor cantidad de funciones; en particular, la Corte debe resolver directamente las acciones por incumplimiento y las acciones extraordinarias de protección, mientras que en Colombia aquellas son resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y estas por la justicia ordinaria. En el mismo sentido, mientras en el Ecuador el control abstracto de constitucionalidad es ejercido en su mayor parte por la Corte, en Colombia esta lo ejerce únicamente sobre las reformas constitucionales, los tratados internacionales, las leyes y los decretos con fuerza de ley, mientras que el control constitucional de las demás categorías es ejercido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Otro caso emblemático que ejemplifica esta situación se refiere al control constitucional de los estados de excepción.²¹ En efecto, la Constitución de 1998 no estableció un control constitucional automático de las declaratorias de estados de excepción, ni de las medidas adoptadas con fundamento en dicha declaratoria. El resultado de todo ello fue, como ha sido en toda la región, el abuso de la figura en detrimento del sistema de frenos y contrapesos, la concentración del poder en manos del Ejecutivo y la prolongación indefinida de estos regímenes que por su propia definición, deberían tener un carácter excepcional.

Con una sana lógica, la Constitución de 2008 no solo estableció un estricto régimen de los estados de excepción, que incluye el reconocimiento de los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad,²² el establecimiento de claros e inequívocos límites temporales²³ y la definición de un amplio catálogo de prohibiciones específicas en materia fiscal y en la restricción y limitación de los derechos fundamentales,²⁴ sino que además confiere a la Corte Constitucional la competencia para realizar un control constitucional automático de los decretos dictados con fundamento en un estado de excepción.²⁵

Siguiendo esta misma lógica, la LOGJCC estableció un amplio catálogo de parámetros para ejercer el control formal y material de la declaratoria del estado de excepción, y de las medidas adoptadas con fundamento en esta declaratoria. Así, los artículos 120 y 121 de la LOGJCC disponen que la Corte Constitucional debe verificar, entre otras cosas, que la declaratoria contenga al menos la identificación precisa y completa de los hechos y de la causal que se invoca para adoptar la decisión, una justificación de la decisión, y la precisión del ámbito territorial y temporal de la declaratoria; de igual modo, dispone que la Corte debe verificar la real ocurrencia de los hechos alegados en la declaratoria, la configuración de

21 Una presentación completa, rigurosa y aguda del nuevo régimen de los estados de excepción y de su implementación práctica se encuentra en Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”. *Revista Iuris Dictio*. (Quito) 13, Universidad San Francisco de Quito (2010): 59-89.

22 Constitución del Ecuador 2008, artículo 164.

23 *Ibid.*, artículo 166.

24 *Ibid.*, artículo 165.

25 *Ibid.*, artículo 436, numeral 8.

una agresión, un conflicto armado internacional o interno, la grave conmoción interna, la calidad pública o el desastre natural, la incapacidad para afrontar la situación por medio del régimen constitucional ordinario y el respeto de los límites temporales y espaciales establecidos en la propia Constitución. Por su parte, los artículos 122 y 123 establecen un amplio conjunto de pautas para evaluar la constitucionalidad de las medidas adoptadas con fundamento en los estados de excepción, como el que las medidas se enmarquen dentro del ámbito temporal y espacial determinado en la declaratoria, que satisfagan los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y que no se interrumpa ni altere el normal funcionamiento del Estado.

Este conjunto de pautas y directrices para el control constitucional de los estados de excepción fue tomado directa y deliberadamente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, y muy particularmente de la sentencia n.º C-802/02.²⁶ En efecto, la Corte colombiana ha ejercido un control relativamente estricto y riguroso de los estados de excepción, declarando su inconstitucionalidad en numerosas oportunidades. La eficacia de este control ha sido indiscutible en el caso colombiano: mientras durante la década de los ochentas Colombia vivió el 80 por ciento del tiempo bajo regímenes excepcionales, en la década de los noventas (en la cual entra en vigencia la Constitución de 1991 y con ella el control de la Corte), esta proporción se redujo a un 20 por ciento, y entre 1991 y 2002 casi el 55 por ciento de las declaratorias fueron declaradas inconstitucionales;²⁷ en los dos últimos años, entre el 2009 y el 15 de abril de 2011, el 81 por ciento de los decretos de estados de excepción han sido declarados inexecutable, incluyendo aquellos referidos a la emergencia social en casos tan graves como en el sistema de salud, o que prorrogaban la emergencia por la aguda ola invernal sin precedentes en el país.

Tenemos entonces que a nivel constitucional y legislativo se realizó un significativo proceso de recepción jurisprudencial. Pese a esto, la Corte Constitucional del Ecuador no dio continuidad a esta dinámica de recepción, y en su lugar ha construido una jurisprudencia que se aleja de las

26 Claudia Escobar García, *op. cit.*

27 Uprimny, Rodrigo. "La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos". *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos* (São Paulo) 4. 6 (2007): 52-69.

políticas, de las prácticas y de las reglas jurisprudenciales de su par colombiano. Veamos.

Tal como se pone en evidencia en los anexos 13 y 14 del presente informe, en los que se registran las decisiones judiciales de ambas cortes relacionadas con los estados de excepción para el mismo período, los fallos de uno y otro juez constitucional son diametralmente opuestos. En el caso ecuatoriano el 100 por ciento de los decretos dictados por el presidente han sido declarados constitucionales; en el caso colombiano únicamente el 19 por ciento de ellos han sido declarados constitucionales, y dentro de este rango, algunos han sido objeto de una constitucionalidad condicionada.

Podría pensarse que esta diferencia se explica por diferencias en el régimen normativo o por diferencias en el cumplimiento de la preceptiva constitucional.

Pero esto no es así. Una comparación de los textos constitucionales pone de presente la afinidad entre ambos. Quizás la única diferencia significativa se refiere a que mientras en el Ecuador existe un único régimen de los estados de excepción que comprende la agresión, el conflicto armado, la grave conmoción interna, la calamidad pública y el desastre natural, en Colombia existe un régimen diferenciado para la guerra exterior, el estado de conmoción interior, y la emergencia social, económica o ecológica; sin embargo, este régimen diferenciado no explica las diferencias decisionales de las cortes.

Tampoco puede argumentarse que los hechos que han dado lugar a las declaratorias de estado de excepción sean sustancialmente distintas en los casos ecuatoriano y colombiano, y que tal hecho explica las diferencias en las decisiones de ambas cortes. Por el contrario, lo que se pone en evidencia al analizar los fallos registrados en los anexos 14 y 15, es justamente lo contrario: frente a hechos de mucho mayor gravedad y calado, la Corte colombiana ha declarado la inconstitucionalidad de las declaratorias de estado de excepción o de las medidas adoptadas con fundamento en ella, mientras que frente a meros peligros eventuales o hipotéticos o frente a problemas similares o de semejante naturaleza, la Corte ecuatoriana ha “avalado” las decisiones del gobierno nacional.

Así, por ejemplo, en diciembre de 2009 el gobierno colombiano declaró el estado de excepción en el sistema de salud. La realidad expuesta

en el respectivo decreto es más que preocupante, pues anuncia su insostenibilidad en el inmediato, corto, mediano y largo plazo. Deudas millonarias entre los distintos operadores del sistema, insolvencia del ente articulador del sistema (el Fosyga), distribución inequitativa de los recursos, incapacidad de los prestadores del sistema para atender las demandas de los usuarios, carencia estructural de recursos, entre muchas otras cosas, son expuestas en el decreto respectivo. Pese a esto, la Corte argumentó que sin perjuicio de la gravedad de los problemas atravesados por el sistema de salud, al ser de tipo estructural, crónico y sistémico, debían ser enfrentados mediante los mecanismos ordinarios del Estado, y particularmente mediante un replanteamiento del modelo de salud en Colombia; hace entonces un llamado al Congreso para solucionar este problema de tipo estructural.

Una crisis en el sistema de salud es también motivo para una declaratoria de estado de excepción en el Ecuador en el año 2011. Incapacidad para atender las demandas de los usuarios, problemas financieros, inoperancia de los agentes que operan el sistema, irregularidades en su funcionamiento y administración, entre otros, dieron lugar a la declaratoria. La Corte ecuatoriana, sin embargo, se ha abstenido de declarar la inconstitucionalidad de la declaratoria.

Los problemas climáticos también han dado lugar a declaratorias de estados de excepción en ambos países. En el caso colombiano, por ejemplo, la ola invernal sin precedentes dio lugar a una primera declaratoria, y posteriormente a una prórroga. A pesar de que tanto el fenómeno de La Niña cuyos efectos se habían prolongado en el tiempo, la Corte declaró su inconstitucionalidad, al considerar que el gobierno no había cumplido con su carga de demostrar los presupuestos para prolongar el estado de excepción. En el caso ecuatoriano, pese a no haber sufrido ninguna ola invernal de las dimensiones de su país vecino, el gobierno nacional ha declarado el estado de excepción en distintas oportunidades, sin que hasta el momento la Corte haya declarado su inconstitucionalidad. Incluso peligros hipotéticos o problemas de diaria ocurrencia en los países de la región, como la posible proliferación de la gripe AH1N1 o 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.

Las medidas adoptadas con fundamento en los estados de excepción también han sido objeto de juicios de constitucionalidad diametralmente opuestos. En el 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.

¿Qué explica entonces estas diferencias? Tal como se expone en el anexo 15 de este informe, ambas cortes han adoptado reglas jurisprudenciales disímiles, pese a la afinidad en el régimen constitucional de los estados de excepción, y pese a que la LOGJCC adoptó una amplia gama de parámetros jurisprudenciales de la Corte colombiana. Veamos tan solo tres ejemplos de los registrados en el anexo 15.

En primer lugar, existe una diferencia sustancial en el entendimiento de los límites temporales de los estados de excepción. En efecto, el artículo 166 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que “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 también fija plazos perentorios: el estado de conmoción interior puede tener una vigencia de hasta 90 días, prorrogables por dos períodos iguales en la medida en que persistan las causas que dieron lugar a su declaratoria; los estados de emergencia tienen una vigencia de hasta 30 días en cada caso, y sumados no pueden superar los 90 días calendario (arts. 213 y 215, Constitución de 2008). Es claro que en ambos casos existen límites temporales de rango constitucional.

Ahora bien, ¿cómo han entendido las cortes ecuatoriana y colombiana dichos plazos? El entendimiento ha sido contradictorio. En efecto, la

Corte Constitucional del Ecuador ha entendido que se trata de plazos meramente referenciales: en la medida en que el principio de temporalidad debe ser armonizado con el principio de necesidad, cuando persisten las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, aún vencidos los plazos constitucionales, se debe permitir su prolongación con el fin de superar la crisis subyacente:

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 anomalía, pero tal alternativa ha quedado agotada, pues previo a decretar un Estado de Excepción se habrá analizado todas aquellas posibilidades reales para apalear 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 Estado 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.²⁸

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ecuatoriana ha avalado la prórroga indefinida de los estados de excepción en casos tan significativos como Petroecuador y sus filiales, en las Presas La Esperanza y Poza Honda y en el sistema de salud, cuya vigencia se ha extendido indefinidamente pese a la prohibición constitucional.

Por el contrario, la Corte Constitucional colombiana ha entendido que se trata de términos perentorios que en ningún caso pueden ser extendidos, incluso cuando no han sido superados los problemas que dieron lugar a la declaratoria inicial. Las razones son múltiples: por un lado, los claros e inequívocos términos del texto constitucional no dejan duda alguna sobre la limitación temporal. Pero además, los estados de excepción deben ser interpretados restrictivamente, por alterar las reglas básicas

28 Sentencia n.º 003-09-SEE-CC.

del Estado constitucional de derecho, y por amenazar la vigencia efectiva de los derechos; se trata de períodos en los cuales se confiere un amplio haz de atribuciones al Ejecutivo, que concentran el poder en este órgano, que lo facultan para apartarse de las reglas básicas sobre las cuales se asiente la organización estatal, y que ponen en peligro el goce de los derechos. En estas circunstancias, la única interpretación constitucionalmente válida consiste en entender que se trata de plazos perentorios. Y finalmente, la Corte ha argumentado que no resulta admisible “premiar” la negligencia del Ejecutivo, que contando amplias atribuciones y facultades, no logra atacar el origen de una declaratoria de estado de excepción.

¿Qué sucede entonces cuando fenece el plazo constitucional y no han sido resueltos los problemas que dieron lugar a la declaratoria? La respuesta de la Corte colombiana ha sido clara e inequívoca: estos deben ser resueltos mediante los mecanismos ordinarios del Estado, como la revisión de la legislación o el diseño y ejecución de políticas públicas por el gobierno nacional y los gobiernos locales. No se trata entonces de renunciar a la posibilidad de enfrentar los períodos de crisis, sino más de bien de canalizarlos por medio del respeto al Estado constitucional de derecho. En estas circunstancias, 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 evaluar las prórrogas, y ha declarado la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas con posterioridad al vencimiento de un estado de excepción, incluso cuando persisten los problemas que dieron lugar a la declaratoria inicial.

Un segundo ejemplo emblemático de diferencias en las reglas jurisprudenciales, se refiere al tipo de crisis que pueden dar lugar a una declaratoria de un estado de excepción. ¿Qué tipo de problemas pueden ser manejados por medio de esta institución? ¿Los problemas coyunturales que se presentan de manera intempestiva, o también los problemas estructurales y sistémicos? Las respuestas en este caso también han sido distintas y opuestas.

En el caso colombiano, la Corte ha establecido que las instituciones de la emergencia económica, social y ecológica y de la conmoción interior únicamente pueden ser empleadas cuando los hechos constitutivos ocurren de manera intempestiva y por fuera del curso normal de los

acontecimientos, y cuando no tienen, por consiguiente, un carácter estructural, sistémico, endémico y crónico; es decir, estos mecanismos están diseñados para enfrentar problemas de tipo coyuntural y circunstancial.

¿Qué ocurre entonces cuando mediante un estado de excepción se pretende enfrentar un problema estructural? La Corte colombiana ha sostenido que este tipo de eventos deben ser enfrentados mediante los mecanismos ordinarios del Estado y no mediante los estados de excepción. Un caso emblemático de utilización de este precedente, es la sentencia mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de la declaratoria de emergencia en el sistema de salud. En este caso la Corte, a pesar de constatar la grave situación, insostenible en el inmediato, corto, mediano y largo plazo, sostuvo que se trataba de un problema estructural, derivado del modelo de salud adoptado en el país. La solución a esta grave situación no se haya, por consiguiente, en la declaratoria del estado de excepción, sino en la introducción de reformas legales y la formulación y ejecución de nuevas políticas públicas encaminadas a solventar los problemas crónicos de iliquidez e insolvencia de los agentes del sistema, el incremento inusitado de los gastos derivados de la atención en salud o la desproporción entre los usuarios afiliados al régimen subsidiado y al régimen contributivo.

La Corte Constitucional ecuatoriana, por el contrario, ha tenido un entendimiento diferente del problema. En efecto, ha entendido que el criterio relevante para determinar la constitucionalidad de la declaratoria del estado de excepción es la existencia de hechos especialmente graves que ameriten o requieran medidas especiales para su superación. La gravedad es el criterio que debe ser tenido en cuenta, independientemente de que sean crónicos o estructurales, o de tipo meramente coyuntural. Así, problemas de tipo sistémico 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.

Un último ejemplo se refiere al alcance del control de las medidas adoptadas con fundamento en la declaratoria del estado de excepción, y particularmente al requisito de especificidad. ¿Qué sucede cuando el gobierno nacional adopta una medida que efectivamente contribuye a

conjurar la crisis que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción, pero que en realidad tiene un objeto más amplio y con efectos colaterales?

Nuevamente, las respuestas de las cortes colombiana ecuatoriana y colombiana son diametralmente opuestas. Por un lado, la Corte ecuatoriana no se ha planteado explícitamente este problema, pero en la práctica ha sostenido la tesis de que la constitucionalidad de las medidas depende fundamentalmente de su idoneidad para conjurar la crisis, independientemente de que tengan un objeto más amplio. En este contexto, todas y cada una de las medidas adoptadas por el gobierno nacional para enfrentar la crisis han sido avaladas.

La Corte Constitucional colombiana, por el contrario, ha adoptado la tesis contraria. No basta con la exigencia de la idoneidad y eficacia, sino que en virtud del principio de necesidad se requiere que la medida esté específicamente destinada a conjurar la crisis. Se adopta entonces el denominado “requisito de especificidad”. En virtud de este requisito la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de un amplio y significativo repertorio de medidas adoptadas por el gobierno nacional. Tal es el caso de la reciente sentencia n.º C-242/11, en la que se declaró la inconstitucionalidad del decreto que autorizaba la enajenación de acciones de la Nación en Ecopetrol, para que con los recursos obtenidos se atendieran la ola invernal; en este caso se consideró que aunque dicha medida era idónea y eficaz para conjurar los efectos de la ola invernal, tenía un objeto más amplio y con efectos secundarios.

Diferencias adicionales en las reglas jurisprudenciales se encuentran en el anexo 15. Así, por ejemplo, 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 esta omisión es subsanable; mientras que para esta última es válida la justificación implícita de la declaratoria del estado de excepción, 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 de estado de excepción, para la Corte es una omisión subsanable; mientras que para esta última no se debe realizar un control de constitucionalidad sobre aquellos decretos cuyo contenido coincide con otro que ha sido objeto de una declaratoria

de constitucionalidad, para aquella toda declaratoria de estado de excepción implica un control estricto de constitucionalidad; mientras que en Colombia no es viable hacer 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 el Ecuador esta circunstancia no es óbice para su utilización; 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 el estado de excepción inicial, en el Ecuador es posible prorrogarlo incluso cuando la persistencia de la crisis es atribuible a la negligencia estatal; mientras que en el Ecuador 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 el 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 Corte conserva su competencia para ello; mientras que en Colombia 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 el Ecuador la Corte supone de antemano esta idoneidad y eficacia, y en ningún caso realiza un escrutinio técnico; mientras que en Colombia la Corte 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 el Ecuador la Corte no emprende tal tipo de análisis.

Lo anterior demuestra que el intercambio jurídico a nivel legislativo es claramente insuficiente para lograr una efectiva aproximación entre los sistemas jurídicos. En el caso particular estudiado, si bien la LOGJCC emprendió este primer paso de aproximación, las prácticas institucionales y la jurisprudencia de la Corte han bloqueado la fluidez del proceso.

3.2. Recepción acrítica de instituciones foráneas

Una segunda limitación se refiere a la recepción acrítica de las instituciones foráneas. En efecto, la aproximación con otros sistemas debe efectuarse con “beneficio de inventario”. Entre otras cosas, por ejemplo, debería evaluarse su racionalidad intrínseca, el impacto que ha tenido en dicho

contexto, las diferencias de contexto entre uno y otro sistema jurídico, y el impacto que probablemente tendría en el nuevo escenario.

Pues bien. Aunque en algunas temáticas estos procesos de recepción se han efectuado con cierta cautela, en otras no ha ocurrido así. Veamos algunas hipótesis específicas de este tipo de recepción.

Un primer ejemplo se refiere al sistema de selección de sentencias de protección, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública por parte de la Corte Constitucional. Tal como se ha explicado en diferentes oportunidades, dentro del nuevo modelo de justicia constitucional estas acciones son resueltas por la justicia ordinaria en primera y segunda instancia, y seleccionadas eventualmente por la Corte. La Constitución de 2008 se limita a indicar que “todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia” (art. 86, numeral 5) y que es competencia de la Corte “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (art. 436, numeral 6).

Frente a esta directriz general, la LOGJCC debía definir el sistema por medio del cual las sentencias de la justicia ordinaria llegan a conocimiento de la Corte: ¿Debía ser mediante un recurso propuesto por alguna de las partes? ¿Debía existir una revisión automática de la totalidad de fallos? ¿Debía existir una selección discrecional?

Aunque el espectro de posibilidades era amplio, la LOGJCC decidió replicar el modelo colombiano: la Corte Constitucional selecciona discrecionalmente los fallos, teniendo en cuenta los criterios de gravedad del caso, interés nacional, novedad jurisprudencial o desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, con la posibilidad de que cualquiera de los jueces de la Corte o el Defensor del Pueblo, insista en la selección del respectivo fallo (art. 25, LOGJCC). Institucionalmente, en la Corte ecuatoriana se ha seguido la misma dinámica de su par colombiano, en la que estudiantes y practicantes recién egresados elaboran fichas de cada sentencia de la justicia ordinaria, a partir de las cuales se sugiere su selección según los criterios legales.

La réplica de este modelo, sin embargo, pasó por alto las enormes dificultades que ha tenido en Colombia. Innumerables y graves son las críticas que se han formulado a este sistema.²⁹

En primer lugar, el esfuerzo administrativo de la Corte Constitucional parece exceder con mucho la utilidad del sistema de selección. En efecto, la Corte debe tener toda una logística para recibir la totalidad de sentencias de tutela expedidas en todo el país (que hoy en día representan el 20 por ciento de los procesos),³⁰ para conservarlas, para procesar la información y para escoger entre ellas las que serán objeto de revisión. Sin duda alguna, la mayor parte del trabajo administrativo y judicial de la Corte se encamina a enfrentar este reto, mientras que la resolución de los casos de tutela como tal, y el manejo de los procesos de inconstitucionalidad abstracta, reciben menor dedicación.

Las mayores críticas, sin embargo, apuntan a señalar la fragilidad del modelo, y en particular, a señalar sus debilidades en la garantía de la transparencia, la objetividad y la racionalidad en el proceso de selección. Por un lado, el que se trate de una decisión eminentemente discrecional, en la que ni el “descarte” ni la selección requiere de motivación expresa, ha sido visto como un atentado a la transparencia en la actuación judicial, debido a que desde la ley misma se avalan decisiones libres y no predeterminadas por el propio sistema jurídico. La configuración del modelo mismo provoca toda suerte de sospechas. Esto, unido a la vaguedad y generalidad de criterios para la selección como la gravedad o la trascendencia nacional del caso, parecen restarle objetividad e imparcialidad a la selección.

Además, la forma en que se ha configurado el sistema de selección al interior de la Corte parece reforzar las críticas. En efecto, en la Secretaría

29 Algunas de las críticas más importantes se encuentran en Ossa Santamaría, Julio Andrés. “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”. *Hacia un nuevo Derecho Constitucional*. Eds. Daniel Bonilla y Manuel Iturralde. Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 385-421. También en Jaramillo, Isabel Cristina y Antonio Barreto Rozo. “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias”. *Colombia Internacional n.º 72*, 2010. Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 53-86.

30 Esta información proviene de SIERJU, que es el sistema de procesamiento de información del Consejo de la Judicatura, mediante el cual se hace seguimiento a la actividad y el funcionamiento de la rama judicial en Colombia. Información tomada de Isabel Cristina Jaramillo y Antonio Barreto Rozo, *op. cit.*, p. 53.

General de la Corte se acopian las sentencias de tutela y de cada una de ellas se elabora una ficha que contiene los datos relevantes del caso y de las decisiones judiciales respectivas; estas fichas son elaboradas por estudiantes y recién egresados, que por carecer de un entrenamiento especializado y profundo, no ofrecen a los magistrados ni a su personal los elementos de juicio para emprender una selección objetiva y racional. Si a esto se une el hecho de que este mismo personal no calificado es el que “sugiere” la selección de sentencias, y el hecho de que la intervención de los magistrados y de magistrados auxiliares se circunscribe más a descartar las sentencias preseleccionadas que a incluir las descartadas, ha llevado a concluir que la selección de sentencias “se acerca cada vez más a un proceso de muestreo aleatorio o de decisión meramente teórica, por oposición a decisiones racionales o estratégicas”.³¹

A pesar de estas enormes dificultades y objeciones, la LOGJCC, confiada en los buenos resultados y la buena gestión de la Corte colombiana, decidió replicar esta figura sin efectuar ningún tipo de ajuste. Este modelo es el que justamente ha permitido que hasta la fecha no exista ni una sola sentencia de este tipo en la Corte ecuatoriana.

Un segundo ejemplo de este tipo de recepción se encuentra en los requisitos de la acción ordinaria de protección. En efecto, el artículo 88 de la Constitución de 2008 consagró la denominada “acción de protección” y estableció los requisitos respectivos. Al respecto dispuso que

la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por concesión o delegación, o si la persona afectada se encuentra en estado de insubordinación, indefensión o discriminación.

Como se desprende claramente de la disposición anterior, la acción procede cuando existe una amenaza o violación de un derecho constitucional,

31 Isabel Cristina Jaramillo y Antonio Barreto Roza, *op. cit.*, p. 58.

y esta vulneración procede de una autoridad pública no judicial, o de un particular en las hipótesis de daño grave, prestación de servicios públicos impropios, actuación mediante concesión o delegación, relación de indefensión o subordinación con respecto al afectado, o actos discriminatorios.

La LOGJCC, encargada de desarrollar normativamente estos preceptos constitucionales, debía precisar el alcance de la acción de protección. Justamente, el artículo 40 dispuso que dicha acción procede frente a la “inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. Esta exigencia fue el resultado de incorporar los estándares colombianos de la acción de tutela: constitucional y legalmente se exige la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, y jurisprudencialmente se aclara que el mecanismo alternativo de defensa debe ser idóneo y eficaz para desplazarla.

Esta incorporación del estándar colombiano tuvo como propósito establecer algunos filtros a la acción, en la medida en que según la propia experiencia constitucional ecuatoriana y según la experiencia proveniente del derecho comparado, la acción tiende a ser objeto de abusos y a sustituir los procesos ordinarios. Sin embargo, el fundamento normativo de este requisito en uno y otro caso es diferente: mientras en Colombia el artículo 86 del texto constitucional dispone expresamente que la acción de tutela procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, en el caso ecuatoriano tal previsión constitucional no aparece en la Constitución de 2008. En estas circunstancias, la LOGJCC incorporó un requisito que carece de sustento constitucional con el propósito de reproducir la supuesta exitosa experiencia colombiana.

3.3. Malentendidos e incomprensiones en la recepción del derecho foráneo

Una tercera dificultad se refiere a las imprecisiones en la recepción del derecho comparado. Aunque ha existido un esfuerzo deliberado por hacer uso del repertorio de herramientas teóricas, conceptuales y técnicas provenientes de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de otros sistemas jurídicos, en ocasiones este esfuerzo ha sido obstaculizado por las incomprensiones de las instituciones foráneas.

Un caso paradigmático de esta problemática se encuentra en la recepción de dos técnicas argumentativas específicas: el test de razonabilidad y la ponderación. El análisis de las sentencias de la Corte, detalladas en el anexo 16, demuestra claramente que el proceso de recepción no ha sido del todo exitoso, por el contrario, se han presentado algunas dificultades en su comprensión y utilización. El anexo 17 hace un inventario de estas falencias. Desarrollaré tan solo algunas de ellas.

En primer lugar, la Corte ha asumido erróneamente que se trata de técnicas novedosas estructuradas para atender exclusivamente las peculiaridades del derecho constitucional. Así, en diferentes oportunidades ha expresado que bajo el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo se imponen nuevas metodologías interpretativas y argumentativas que responden exclusivamente a las especificidades del derecho constitucional contemporáneo, tal como ocurre con la ponderación y con el test de razonabilidad:

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. Aquel contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores [...] Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura (normas técnicas), 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.³²

Este supuesto, sin embargo, no es necesariamente cierto. Por un lado, se trata de metodologías que han sido utilizadas desde hace varias décadas, y que además han sido útiles en contextos muy diferentes al derecho constitucional. Un ejemplo significativo de ello es el frecuente manejo del test

32 Sentencia n.º 002-09-SAN-CC, caso n.º 005-08-AN, juez sustanciador: Ruth Seni Pinoargote, 28 julio 2009.

de razonabilidad por parte de los organismos internacionales y regionales que operan en el contexto del comercio internacional. Así, por ejemplo, los organismos de solución de diferencias de la OMC, apelan con frecuencia al test de proporcionalidad para establecer si las restricciones al comercio internacional adoptadas en un país, son legítimas o no. De este modo, no es cierto que se trate de una novísima metodología, y menos aún que sea “patrimonio” exclusivo del derecho constitucional.

En segundo lugar, ha existido una especie de confusión en cuanto a su naturaleza y en cuanto al rol que tiene dentro del proceso de argumentación jurídica. En efecto, la Corte parece haber asumido que se trata de un nuevo método de interpretación en el derecho que viene a sustituir las “viejas” metodologías y criterios interpretativos. Dentro de este entendimiento, las primitivas interpretaciones literal, sistemática, histórica y finalista, y los anticuados criterios de resolución de antinomias (como el criterio jerárquico, el criterio cronológico y el criterio temporal) deben ser remplazadas por estas nuevas técnicas.

Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 002-08-SI-CC la Corte sostuvo que los antiguos modelos interpretativos, ligados fundamentalmente al paradigma del positivismo jurídico, deben ser superados por nuevas técnicas argumentativas diseñadas especialmente para los complejos asuntos constitucionales, tal como ocurre con el test de proporcionalidad y la ponderación de derechos y principios. De este modo, en dicho fallo se indica que:

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 paso 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, que se basa en la valoración crítica de los medios utilizados y el fin perseguido por quien toma la decisión judicial; de tal manera que la medida adoptada no sacrifique principios que tengan mayor relevancia para el caso en cuestión, que el principio o la medida que se pretende aplicar.³³

Un entendimiento similar se encuentra en la sentencia n.º 002-10-SIC-CC, en la que expresamente se presenta a la ponderación como alternativa frente a los métodos tradicionales de interpretación, como si se tratase de metodologías excluyentes entre sí.³⁴ Planteamientos semejantes se encuentran en la vasta jurisprudencia de la Corte referida a la ponderación y al test de razonabilidad.

Sin embargo, resulta inadecuado plantear un dilema entre los métodos tradicionales de interpretación y la ponderación y el test de razonabilidad, en la medida en que estas metodologías operan en fases distintas de la argumentación jurídica. En efecto, mientras que la interpretación textual, contextual, finalista e histórica están encaminadas a definir el contenido y alcance de las disposiciones jurídicas, 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 jurídica, sino técnicas alternativas para resolver un tipo especial de conflictos normativos, por lo que en estricto sentido no “compiten” con estos criterios tradicionales. No se trata entonces de técnicas excluyentes entre sí. Dentro de una misma providencia judicial es perfectamente posible apelar a los métodos tradicionales de interpretación y posteriormente al test de razonabilidad o a la ponderación. En otras palabras, la Corte ha entendido erróneamente que se trata

33 Sentencia n.º 002-08-SI-CC, casos acumulados n.º 0005-08-IC y 0009-08-IC, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 10 diciembre 2008.

34 Sentencia n.º 002-10-SIC-CC, caso n.º 0020-09-IC, juez sustanciador: Patricio Herrera Betancourt, 9 septiembre 2010.

de nuevos métodos de interpretación, cuando en realidad tienen una naturaleza y un rol totalmente distinto dentro de la argumentación.

En tercer lugar, han existido graves fallas en la comprensión y utilización misma, tanto del test de razonabilidad, como de la ponderación.

Así, por ejemplo, la Corte ha entendido que la ponderación, al ser un nuevo método de interpretación y aplicación del derecho, puede ser utilizada de manera generalizada e indiscriminada, cuando en la propia teoría jurídica ha sido diseñada con un radio de acción estrecho y marginal. 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 se requiere que se presente una colisión normativa la cual se configure entre principios de la misma jerarquía normativa, y que no sea posible otra forma de articulación entre ellos.

La Corte ecuatoriana, por el contrario, al considerar que constituye una nueva manera de interpretar y aplicar el derecho, ha asumido erróneamente que puede ser utilizada de manera general e indiscriminada para resolver todo tipo de problemas jurídicos. Por eso, con mucha frecuencia el organismo encuentra, e incluso “construye” de manera artificiosa y ficticia antinomias constitucionales, para luego resolverlas mediante la ponderación. Así, en la sentencia n.º 002-08-SI-CC asume que existe un conflicto entre el principio de indivisibilidad de las tierras comunitarias y el principio de prevalencia del interés general sobre el particular,³⁵ y entre el principio de reserva de ley y el principio de normatividad del texto constitucional; en la sentencia n.º 009-09-SEP-CC se sostiene la existencia de un conflicto entre el principio de celeridad y el derecho de defensa;³⁶ en la sentencia n.º 0022-2009-RA se presenta una colisión entre el deber genérico de cumplimiento de la ley y la obligación de obediencia a las órdenes de los superiores jerárquicos al interior de la fuerza pública;³⁷ en

35 Sentencia n.º 002-08-SI-CC, casos acumulados n.ºs 0005-08-IC y 0009-08-IC, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 10 diciembre 2008.

36 Sentencia n.º 009-09-SEP-CC, caso n.º 007-09-EP, juez sustanciador: Manuel Viteri Olvera, 19 mayo 2009.

37 Sentencia n.º 0022-2009-RA, jueces constitucionales: Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie, 12 noviembre 2009.

la sentencia n.º 004-09-SAN-CC se señala un choque entre el principio de legalidad y el principio de igualdad;³⁸ en la sentencia n.º 0029-06-TC se plantea una colisión entre el bien común y el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad;³⁹ y en la sentencia n.º 004-09-SEE-CC se contraponen el principio de necesidad al principio de temporalidad.⁴⁰

Veamos dos casos que ilustran la problemática. En la sentencia n.º 0004-09-SAN-CC la Corte debía resolver la acción por incumplimiento del Mandato Constituyente n.º 4. En este mandato se dispuso una Amnistía General a favor de personas perseguidas y acusadas de delitos comunes, que habían ejercido el derecho de resistencia en defensa de la comunidad y del medioambiente; entre ellos, se concedió la amnistía a Floresmilto Villalta, condenado por el delito de violación, y quien había sido un reconocido líder defensor del medioambiente en contra de la explotación maderera. A pesar de la amnistía concedida en el Mandato Constituyente, el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha se negó a conceder la libertad del señor Villalta, argumentando la existencia de una decisión judicial en sentido contrario. Mediante esta acción se pretendía entonces el cumplimiento del Mandato Constituyente.

En ese contexto, la Corte entendió que existía una oposición entre el principio de legalidad, con fundamento en el cual se negó la libertad de Floresmilto Villalta, y los principios de libertad, dignidad e igualdad. Sin embargo, en estricto sentido nos encontramos frente a una falsa contradicción, pues tal como lo demostró la Corte Constitucional en el propio fallo, conceder la libertad al demandante no implicaba en modo alguno el desconocimiento del principio de legalidad, sino todo lo contrario, el estricto cumplimiento de las normas con jerarquía constitucional dentro del sistema jurídico ecuatoriano. En otras palabras, la Corte crea de manera artificial una antinomia entre dos principios para apelar a la ponderación, cuando en realidad tal oposición era inexistente.

En el mismo sentido, en la sentencia n.º 003-10-SEE-CC se plantea un conflicto entre el principio de temporalidad y el principio de necesidad

38 Sentencia n.º 0004-09-SAN-CC, caso n.º 001-08-AN, juez constitucional: Patricio Pazmiño, 24 septiembre 2009.

39 Sentencia n.º 0029-06-TC, juez constitucional: Patricio Herrera Betancourt, 23 marzo 2010.

40 Sentencia n.º 0004-09-SEE-CC, caso n.º 0008-09-EE, juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes, 8 octubre 2009.

en el marco de los estados de excepción. En efecto, el artículo 166 de la Constitución de 2008 dispone que el estado de excepción puede tener vigencia hasta por sesenta días, prorrogables por otros treinta más; en estas circunstancias, la prórroga indefinida de los estados de excepción por parte del Presidente de la República durante los últimos tres años, parecía implicar una violación del texto constitucional. La Corte plantea este problemática como un conflicto entre el principio de temporalidad y el principio de necesidad, y a partir de un particular ejercicio ponderativo llega a la conclusión de que este último debe prevalecer sobre aquel.⁴¹

Ese planteamiento es incorrecto, pues como se indicó anteriormente, la ponderación está diseñada para resolver los excepcionales conflictos normativos entre principios de la misma jerarquía. Sin embargo, en el presente caso no existía un conflicto entre los principios de temporalidad y el de necesidad, sino entre una *regla constitucional* que restringía el ámbito temporal de los estados de excepción hasta 90 días, y el principio de necesidad; esta *regla* es el resultado de una ponderación previa efectuada por el constituyente, después de haber valorado los principios de excepcionalidad, temporalidad y necesidad. Al desconocer la existencia de esta regla específica, se procede erróneamente a la ponderación, diseñada para otro tipo de problemas jurídicos.

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 la Corte se abstiene 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 requiere identificar la finalidad de la medida y la legitimidad de dicha finalidad; en segundo lugar, se deben realizar los juicios de idoneidad, de eficacia y de necesidad de la medida respectiva,

41 Sentencia n.º 0003-10-SEE-CC, caso n.º 0007-09-EE, juez sustanciador: Manuel Viteri Olvera, 11 febrero 2010.

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.

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 n.º 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;⁴² en la sentencia n.º 0003-10-SEE-CC se 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;⁴³ en la sentencia n.º 0007-10-SEE-CC se 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.⁴⁴ En otras palabras, la Corte no efectúa análisis de tipo empírico que le permitan efectuar los juicios de idoneidad, eficiencia y necesidad.

42 Sentencia n.º 0004-09-SEE-CC, caso n.º 0008-09-EE, juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes, 8 octubre 2009.

43 Sentencia n.º 0003-10-SEE-CC, caso n.º 007-09-EE, juez sustanciador: Manuel Viteri Olvera, 11 febrero 2011.

44 Sentencia n.º 0007-10-SEE-CC, caso n.º 0003-10-EE, juez sustanciador: Edgar Zárate Zárate, 25 marzo 2010.

En ese mismo sentido, la Corte usualmente se abstiene de argumentar para demostrar la proporcionalidad de las medidas, sino que por el contrario asume sin ningún elemento de juicio que las disposiciones en cuestión son razonables o proporcionales.

Un caso que ejemplifica este fenómeno, es la sentencia n.º 024-10-SCN-CC. En este fallo la Corte debía resolver sobre 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, de antemano y antes de proceder a la realización del test, la Corte asume que el juicio en ausencia es de por sí irrazonable y que desconoce abiertamente los derechos de los imputados, y en particular el derecho al debido proceso; adicionalmente, la Corte entiende que esta irrazonabilidad es *evidente*, por lo cual no demuestra dicha irrazonabilidad, sino que más bien la presume; cuando posteriormente emprende la utilización del test, se limita entonces a ratificar la idea que había asumido de antemano: que la medida es inconstitucional:

Es evidente que la causa para juzgar en ausencia no exterioriza un estado de necesidad, gravedad, o de otra índole que justifique la intervención en los derechos constitucionales, lo que hace imposible que la Corte Constitucional encuentre razonabilidad para mantener la constitucionalidad de la norma...⁴⁵

En definitiva, la Corte presupone lo que debería demostrar.

Una tercera falla consiste en el desconocimiento de 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 y derechos constitucionales que colisionan no solo tienen un peso específico en el caso concreto, sino que además tienen un peso abstracto que debe ser valorado y tenido en cuenta en el ejercicio ponderativo; y por otro lado, que aunque la ponderación

45 Sentencia n.º 024-10-SCN-CC, caso n.º 0022-2009-CN, juez sustanciador: Roberto Brhunis Lemarie, 24 agosto 2010.

siempre se refiere a casos específicos de colisión normativa, el resultado debe ser una regla jurisprudencial que resuelva el conflicto para una tipología específica de casos, que puede ser utilizada posteriormente para resolver hipótesis análogas. Veamos.

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. Ninguna de las sentencias estudiadas se refiere al peso abstracto de los derechos.

De igual modo, la Corte ha entendido erróneamente 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 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 deben 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. En ninguno de los fallos estudiados se estructura un precedente de este tipo.

Finalmente, y esta es quizá la falencia más grave que se ha presentado, es que 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 realiza el ejercicio ponderativo ni el test correspondiente. 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 como la ponderación y test de razonabilidad, y su inutilización en la práctica.

Varios casos ilustran claramente esta problemática. En la sentencia n.º 002-08-SI-CC, en la que se debía definir 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 hacer uso de la ponderación como mecanismo para resolver los conflictos constitucionales:

¿Cómo se deben solucionar las contradicciones que puedan llegar a existir entre el texto de la Constitución y las normas del Régimen de Transición? [...] en tanto que son de igual jerarquía, las normas de uno y de otro ordenamiento, deben ser interpretadas a través de los sistemas de interpretación generales y, concretamente, a través de los sistemas de interpretación propios de la Constitución, particularmente, los mecanismos de ponderación de normas y test de razonabilidad [...] En el caso del Régimen de Transición respecto de la Constitución, debido a que tienen la misma jerarquía normativa por provenir de la misma fuente de producción [...] se debe ponderar su aplicación en el caso concreto [...] se puede acudir a los sistemas de interpretación propios de la Constitución y particularmente, el método de la ponderación de normas.⁴⁶

A pesar del anuncio, la Corte emprende una dinámica argumentativa diferente. En lugar de apelar a la prestigiosa ponderación, en el referido fallo se hace uso 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 período de transición, mientras que el cuerpo del texto constitucional, en el que se

46 Sentencia n.º 002-08-SI-CC, casos acumulados n.º 0005-08-IC y 0009-08-IC, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 10 diciembre 2008.

atribuye dicha función al Consejo Nacional Electoral, opera una vez finalizado el período de transición 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 una especie de “contubernio” entre los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y el Consejo de Participación Ciudadana.⁴⁷ De este modo, a pesar del anuncio sobre la utilización de los novedosos y especiales metodologías argumentativas, la Corte resuelve inteligente y contundentemente el problema jurídico planteado a partir de las herramientas tradicionales de interpretación jurídica.

En la sentencia n.º 001-09-SCN-CC ocurre algo semejante. Allí se 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.⁴⁸ Pese a este anuncio, la Corte resuelve el problema jurídico mediante una estrategia argumentativa distinta: en lugar de emprender un juicio de proporcionalidad de la disposición jurídica cuestionada, y en lugar de realizar un ejercicio ponderativo entre el derecho al debido proceso y el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en el caso particular, 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, numeral 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

47 Sentencia interpretativa n.º 002-08-SI-CC, casos acumulados n.º 005-08-IC y 0009-08-IC, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 10 diciembre 2008.

48 Sentencia n.º 0001-09-SCN-CC, caso n.º 0002-08-CN, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 14 mayo 2009.

test de razonabilidad, en realidad se termina adoptando la decisión a partir de las teorías del contenido esencial de los derechos.

Esta misma dinámica se encuentra en la sentencia n.º 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. En efecto, 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 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 registrador de la propiedad del cantón Santa Elena que de manera inmediata proceda al registro de la declaratoria de utilidad pública de las tierras mencionadas.⁴⁹

En muchos otros fallos ocurre algo semejante. Muestra de ello son las sentencias n.ºs 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 se abstiene de seguir los pasos del test de razonabilidad y de la ponderación, a pesar de haber anunciado previamente su utilización en el mismo fallo.

49 Sentencia interpretativa n.º 002-09-SIC-CC, caso n.º 003-09-IC, juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes, 14 mayo 2009.

De este modo, aunque la Corte Constitucional ecuatoriana ha considerado que el uso del test de razonabilidad y de la ponderación constituye un paso crucial en la motivación de sus fallos, su utilización ha sido poco rigurosa.

3.4. Recepción desestructurada del derecho foráneo

Una cuarta dificultad se refiere a la desestructuración en los procesos de aproximación normativa. Debido al alto nivel de complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, conformados por un amplio repertorio de categorías normativas cuya jerarquía no siempre es fácil de determinar, a la superposición de disposiciones jurídicas que se refieren a las mismas temáticas, y a la complejidad de algunas fuentes del derecho (particularmente del derecho judicial), el conocimiento y dominio de los ordenamientos foráneos reviste grandes y profundas dificultades. Esto conduce a que los procesos de intercambio jurídico sean especialmente arduos y delicados.

En el caso ecuatoriano, el diálogo entablado con otros sistemas ha sido igualmente complejo, y en ocasiones ha provocado cierto nivel de desestructuración. Dos ejemplos específicos sirven para ilustrar esta problemática.

El primer caso se refiere a la estructuración de la organización interna de la Corte Constitucional en la LOGJCC. Tal como ya expliqué, los lineamientos generales de esta organización fueron tomados del derecho colombiano. En efecto, el antiguo Tribunal Constitucional estaba conformado por tres salas fijas y por el Pleno; dentro del nuevo esquema, en cambio, se encuentran las denominadas “salas de selección”, encargadas de seleccionar las sentencias de garantías jurisdiccionales de derechos expedidas por la justicia ordinaria, y las denominadas “salas de revisión”, encargadas de resolver dichos casos; la integración de estas salas es rotativa, con el objeto de evitar el funcionamiento paralelo de las distintas salas.

No obstante, la adopción de este modelo contiene algunas disfuncionalidades que han perjudicado el funcionamiento de la Corte Constitucional. En efecto, junto a las salas de selección y de revisión, la LOGJCC estableció una sala de admisión, que viene a ser el resquicio del antiguo Tribunal y de la Corte de transición, y que fue considerado como

un elemento útil para la nueva Corte (art. 197); de igual modo, actualmente funciona una sala de sustanciación, elemento que también es ajeno al modelo colombiano. La introducción de estos elementos extraños altera de manera drástica el funcionamiento de la entidad: en el caso colombiano el modelo se estructuró sobre la base de que cada magistrado se “apersona” de los casos que se le asignan, sustanciándolo, haciéndole el respectivo seguimiento y elaborando el proyecto de sentencia; en el caso ecuatoriano, por el contrario, la existencia de estas otras dos salas ha alterado esta dinámica: ahora son las salas de admisión y de sustanciación las que en la práctica dirigen el desenvolvimiento del proceso, de modo que la intervención de los jueces de la Corte viene a ser marginal, secundaria y accesorio. De este modo, la LOGJCC “falló” de algún modo en este trasplante.⁵⁰

El segundo caso se refiere a la citación de jurisprudencia foránea en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador. El análisis de esta citación revela cierta falta de rigurosidad.

Una primera falla se origina en el hecho de que las citaciones de jurisprudencia se efectúan de manera descontextualizada, sin tener en cuenta el sentido general del fallo citado, el tipo de hipótesis fáctica a las que se aplica la respectiva consideración jurídica ni la importancia o el valor normativo del fragmento citado. Este es el caso, por ejemplo, de la citación de la jurisprudencia constitucional peruana contenida en la sentencia n.º 0003-09-SEE-CC; en efecto, en dicha sentencia se pretendía justificar la tesis de que los estados de excepción pueden prolongarse más allá de los perentorios plazos constitucionales, cuando persiste la situación que dio lugar a la declaratoria inicial; en este sentido, la Corte ecuatoriana afirma: “El Tribunal Constitucional peruano sostiene que el estado de excepción ‘se regirá por el tiempo necesario para conjurar la situación de anormalidad’”.⁵¹ La citación de este pequeño fragmento pasó por alto una importante circunstancia: que la tesis del Tribunal Constitucional peruano se sustenta en la inexistencia de los términos perentorios que sí existen en la Constitución de 2008, y que según el propio órgano, constituye la razón

50 Esto no significa que siempre sea incorrecto introducir modificaciones al modelo objeto del trasplante. Lo es únicamente cuando esta modificación provoca una disfuncionalidad en el modelo.

51 Sentencia n.º 0003-09-SEE-CC, casos acumulados n.ºs 0003-09-EE y 0004-09-EE, juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire, 3 septiembre 2009.

para permitir la prolongación temporal de esta figura. De haberse tenido en cuenta el contexto general del fallo peruano, evidentemente hubiera salido a flote la impertinencia de la tesis peruana para el caso ecuatoriano.

Otros casos significativos se refieren a la citación de la jurisprudencia colombiana en temas como la amnistía y el indulto. Así, en la sentencia n.º 019-09-SEP-CC, la Corte cita algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre la naturaleza, la finalidad, el alcance y los requisitos de las figuras de la amnistía y el indulto. Sin embargo, la Corte ecuatoriana sostiene, con fundamento en una cita de su par colombiana, que la legitimidad de la amnistía depende fundamentalmente de que haya sido adoptada por el poder legislativo; sin embargo, la jurisprudencia de la Corte colombiana se orientaba no solo a indicar la necesidad de que fuese ordenada por el órgano de representación popular, sino a explorar muchos otros condicionamientos de tipo sustancial. La escueta transcripción de un pequeño fragmento de la sentencia n.º C-695/02 no logra reflejar el sentido general del respectivo fallo.⁵²

En este mismo fallo se hace una citación del derecho colombiano para respaldar la tesis de que la acción extraordinaria de protección no puede ser utilizada para pronunciarse sobre la valoración de las pruebas en un proceso judicial. Al respecto cita un fragmento donde se sostiene que

debe entenderse que la tutela sólo debe proceder para lograr la unificación del entendimiento de los derechos fundamentales, pero no para corregir yerros judiciales derivados de interpretaciones legales o valoraciones probatorias, ya que se entiende que esos altos tribunales, por su propia jerarquía y la calidad de sus miembros, han definido esos puntos y no cometen ese tipo de errores.

No obstante, una lectura integral del texto doctrinal deja claro que cuando la valoración de las pruebas provoca la violación de un derecho constitucional, es viable la acción de tutela contra sentencias. La Corte ecuatoriana se vale entonces de un fragmento descontextualizado para justificar una tesis que no es sostenida por su par colombiana.

52 Sentencia n.º 010-09-SEP-CC, casos acumulados n.º 0125-09-EP y 0171-09-EP, juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire, 7 julio 2009.

Una segunda razón para el uso desestructurado del derecho foráneo, es la carencia de un análisis dinámico de las fuentes del derecho. Todas las categorías normativas, especialmente la doctrina y la jurisprudencia, están sometidas a un permanente y sistemático proceso evolutivo, que conduce a una reformulación permanente de su contenido. Así, por ejemplo, la jurisprudencia se construye progresivamente mediante la formulación y reformulación permanente de los precedentes. La utilización de la jurisprudencia foránea, por consiguiente, debe ser consistente con su naturaleza dinámica.

Sin embargo, la Corte parece pasar por alto este carácter evolutivo, y tiende a suponer erróneamente que las reglas jurisprudenciales permanecen inalteradas a lo largo del tiempo.

Un ejemplo significativo se encuentra en la citación de la jurisprudencia colombiana sobre la figura de la tutela contra sentencias y sobre las denominadas “vías de hecho”. Las reglas jurisprudenciales han variado notablemente a lo largo del tiempo. Así, por ejemplo, inicialmente la Corte colombiana rechazó la posibilidad de entablar acciones de tutela contra decisiones judiciales, dado que el texto constitucional no consagró explícitamente dicha figura; sin embargo, con el paso del tiempo esta doctrina ha variado, y se ha entendido que aunque en principio ello no es posible, cuando la decisión judicial adolece de tales vicios que no puede ser considerada como tal, es posible entablar una acción de tutela contra dicha “vía de hecho”; pero el significado de lo que es una vía de hecho y los vicios que la configuran también ha sido reinterpretado a lo largo del tiempo; de este modo, por ejemplo, en los últimos años la Corte ha considerado que el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional puede configurar una vía de hecho, cuando anteriormente negó tal posibilidad. De igual manera, antes del año 2004 admitió la tutela contra sentencias de tutela, pero a partir de este año negó tal posibilidad, con el argumento de que la revisión eventual de las sentencias de tutela por parte de la Corte garantizaba la inexistencia de errores protuberantes que pudieran configurar la vía de hecho.

No obstante, la Corte ecuatoriana parece suponer que se trata de doctrinas estáticas, y entonces cita sentencias colombianas seleccionadas al azar, sin tener en cuenta la evolución jurisprudencial sobre el tema. Es así como en las sentencias n.ºs 006-09-SEP-CC, 010-09-SEP-CC, 014-09-SEP-CC y 017-10-SIS-CC se citan indistintamente reglas jurisprudenciales

provenientes de decisiones tan lejanas y tan distantes como las C-260/93, C-543/92, T-701/04, T-157/98 y T-110/05, sin advertir la lenta y progresiva evolución que ha existido a lo largo del tiempo.

Finalmente, un tercer tipo de citación desestructurada consiste en la repetición de sentencias que contienen una citación de otros sistemas constitucionales. Tal como se puede evidenciar en el anexo 10, muchos de los fallos que citan doctrina, legislación o jurisprudencia foránea son duplicados una y otra vez en providencias posteriores. Este fenómeno puede observarse claramente con las citaciones referidas a la naturaleza y finalidad de la acción por incumplimiento; en efecto, en la sentencia n.º 0005-09-SIS-CC se apela al derecho colombiano y peruano: así, se transcriben textos constitucionales (artículos 87 y 200, respectivamente), un pequeño fragmento de un discurso de un asambleísta de la Asamblea Nacional Constituyente colombiana, un segmento del auto 010 de 1992 y de la sentencia n.º C-157/98 de la Corte Constitucional colombiana y de un fallo del Consejo del Estado, y consideraciones doctrinales de Beatriz Londoño Toro;⁵³ pues bien, esta misma referencia se duplica una y otra vez en los fallos de la Corte ecuatoriana: en las sentencias n.ºs 007-09-SIS-CC,⁵⁴ 0008-09-SAN-CC,⁵⁵ 017-10-SIS-CC⁵⁶ y 0024-10-SIS-CC.⁵⁷ Debe tenerse en cuenta, además, que esta misma cita se utiliza en el contexto de las acciones por incumplimiento, y en el contexto de los procesos referidos a la ejecución de los fallos judiciales, por lo que evidentemente existe una confusión conceptual entre las dos figuras. De igual modo, la misma escueta cita de la opinión consultiva n.º 08/87, relativa a los límites a los estados de excepción, es repetida por múltiples sentencias: 0003-09-SEE-CC,⁵⁸ 0005-09-SEE-CC, 0004-09-SEE-CC,⁵⁹

53 Sentencia n.º 0005-09-SIS-CC, juez sustanciador: Nina Pacari Vega, 1 septiembre 2009.

54 Sentencia n.º 0007-09-SIS-CC, caso n.º 0005-09-IS, juez sustanciador: Nina Pacari Vega, 29 septiembre 2009.

55 Sentencia n.º 0008-09-SAN-CC, caso n.º 0027-09-AN, juez sustanciador: Nina Pacari Vega, 9 diciembre 2009.

56 Sentencia n.º 017-10-SIS-CC, caso n.º 0054-09-IS, juez constitucional: Fabián Sancho Lobato, 23 septiembre 2010.

57 Sentencia n.º 024-10-SIS-CC, caso n.º 0052-09-IS, juez constitucional: Fabián Sancho Lobato, 18 noviembre 2010.

58 Sentencia n.º 0003-09-SEE-CC, casos acumulados n.ºs 0003-09-EE y 0004-09-EE, juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire, 3 septiembre 2009.

59 Sentencia n.º 0004-09-SEE-CC, caso n.º 0008-09-EE, juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes, 8 octubre 2009.

0002-10-SEE-CC,⁶⁰ 0005-10-SEE-CC,⁶¹ 0006-10-SEE-CC,⁶² 0007-10-SEE-CC,⁶³ 0009-10-SEE-CC,⁶⁴ 0010-10-SEE-CC,⁶⁵ 0015-10-SEE-CC,⁶⁶ 0017-10-SEE-CC⁶⁷ y 0019-10-SEE-CC.⁶⁸

Esta dinámica de citación, sin embargo, es contraria a la técnica de producción del derecho judicial. En efecto, cuando en una providencia se resuelve un problema jurídico específico, se crea una regla jurisprudencial que en virtud del valor normativo del precedente, debe ser aplicado en casos análogos. Los fallos subsiguientes, por tanto, deben limitarse a señalar y utilizar dicho precedente, sin que tengan que repetir o duplicar su respaldo argumentativo. Por esta razón, estas múltiples citaciones no son pertinentes. Este fenómeno de la jurisprudencia ecuatoriana es aún más sorprendente si se tiene en cuenta que las sentencias de la Corte reproducen el contenido de otros fallos, sin hacer la citación respectiva.

3.5. Carácter retórico de los procesos de aproximación jurídica

Finalmente, existe otro obstáculo para el éxito de los procesos de globalización en el constitucionalismo ecuatoriano: la aproximación con otros sistemas jurídicos es tan solo aparente. Se trata de hipótesis en las cuales se proyecta un interés por el diálogo y el intercambio jurídico, sin que en realidad se incorporen criterios materiales de decisión de estos otros ordenamientos jurídicos.

- 60 Sentencia n.º 0002-10-SEE-CC, caso n.º 0010-09-EE, juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire, 13 enero 2010.
- 61 Sentencia n.º 0005-10-SEE-CC, caso n.º 0002-2010-EE, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 24 febrero 2010.
- 62 Sentencia n.º 0006-10-SEE-CC, caso n.º 0008-09-EE, juez sustanciador: Edgar Zárate Zárate, 25 marzo 2010.
- 63 Sentencia n.º 0007-10-SEE-CC, caso n.º 0003-10-EE, juez sustanciador: Edgar Zárate Zárate, 25 marzo 2010.
- 64 Sentencia n.º 009-10-SEE-CC, caso n.º 004-10-EE, juez sustanciador: Patricio Pazmiño Freire, 25 marzo 2010.
- 65 Sentencia n.º 001-10-SEE-CC, caso n.º 0006-10-EE, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 8 abril 2010.
- 66 Sentencia n.º 0015-10-SEE-CC, caso n.º 0011-10-EE, juez sustanciador: Roberto Bhrunis Lemarie, 8 julio 2010.
- 67 Dictamen n.º 0017-10-SEE-CC, caso n.º 0013-10-EE, juez sustanciador: Fabián Sancho Lobato, 1 octubre 2010.
- 68 Sentencia n.º 0019-10-SEE-CC, caso n.º 0014-10-EE, juez sustanciador: Alfonso Luz Yunes, 25 noviembre 2010.

Esto puede ocurrir, por ejemplo, por la utilización de pautas y directrices del derecho foráneo excesivamente vagas, generales y etéreas, que no resuelven directamente los problemas jurídicos que deben ser definidos por el operador jurídico ecuatoriano. Se trata entonces de referencias cuya fuerza es más retórica que una incidencia sustancial.

Tal como se indica en el anexo 10 de este libro, la Corte ecuatoriana ha demostrado interés en el constitucionalismo de los países de Hispanoamérica, y particularmente en el constitucionalismo colombiano y peruano, y en los sistemas mundial y regional de derechos humanos. Por eso, en temas como el contenido y alcance del derecho de defensa, la argumentación jurídica en sede constitucional, la tipología de sentencias de constitucionalidad, los estados de excepción, la acción extraordinaria de protección o la acción por incumplimiento, se ha apelado con cierta frecuencia al derecho comparado, mediante la citación de instrumentos normativos de estos otros órdenes constitucionales.

Un examen de estas citaciones, sin embargo, revela que la utilización de estos instrumentos ha sido poco provechosa, al recaer únicamente sobre pautas y directrices genéricas que no se compadecen con el tipo de cuestiones y problemas específicos y concretos que debe resolver la Corte Constitucional en sus sentencias. Veamos.

En las sentencias n.ºs 0005-09-SIS-CC, 0007-09-SIS-CC, 0008-09-SAN-CC, 0007-09-SAN-CC, 011-10-SIS-CC, 017-10-SIS-CCY 0024-10-SIS-CC la Corte cita el constitucionalismo colombiano y peruano en materia de acciones por incumplimiento. Con respecto a Colombia, se refiere, en un primer momento a los antecedentes de la Constitución de 1991, particularmente a la finalidad que uno de los constituyentes atribuyó a esta acción: la de canalizar un fenómeno frecuente en el que los servidores públicos “acatan la ley pero no la cumplen”. En un segundo momento transcribe el artículo 87 del texto constitucional, que consagra esta figura. Finalmente, se cita jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la que se vincula la acción por incumplimiento al estado social de derecho, y en la que se explica que su finalidad es la de garantizar la eficacia del sistema jurídico. Con respecto a Perú, la Corte transcribe el artículo 200 de la Constitución.

Estas consideraciones generales, sin embargo, no resultan útiles a la hora de resolver los casos puestos a consideración de la Corte. ¿Es

procedente la acción frente al incumplimiento de decisiones judiciales? ¿Se puede apelar a esta acción para fijar el contenido y ordenar el pago de la reparación integral? ¿Puede utilizarse esta figura para casos en los que el cumplimiento del deber jurídico implica el desembolso de recursos presupuestales? ¿La ejecución de actos administrativos puede garantizarse mediante la acción por incumplimiento? Como salta a la vista, ninguna de estas preguntas puede ser resuelta directamente a partir de las consideraciones genéricas del constitucionalismo foráneo citado por la Corte. Téngase en consideración que tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia como del Tribunal Constitucional del Perú cuenta ya con un amplio conjunto de pautas jurisprudenciales concretas y específicas que permitirían resolver este tipo de cuestiones. Sin embargo, son justamente estas reglas las que no han sido objeto de intercambio.

Otro caso revelador se encuentra en las sentencias relativas al control constitucional de los estados de excepción, y que citan los instrumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en las sentencias n.ºs 0004-09-SEE-CC, 0002-10-SEE-CC, 0005-10-SEE-CC, 0006-10-SEE-CC, 0017-10-SEE-CC, 0007-10-SEE-CC, 0009-10-SEE-CC, 0010-10-SEE-CC, 015-10-SEE-CCY 019-10-SEE-CC se repite la misma citación: la opinión consultiva 08/87 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se sostiene que según dicho instrumento, el Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su propia seguridad, y que el objeto y la finalidad de los estados de excepción es el respeto de los derechos, de la democracia y de las instituciones del Estado.

¿Puede esta pauta genérica resolver los problemas jurídicos que enfrenta la Corte al estudiar la constitucionalidad de los decretos relativos al estado de excepción? ¿Podría definir si los estados de excepción pueden ser prolongados más allá de los plazos constitucionales cuando no han sido superados los problemas que dieron lugar a la declaratoria inicial? ¿Podría definir si es subsanable la omisión de mención del término temporal por el cual se declara el estado de excepción? ¿Podría definir si el estado de excepción puede ser prorrogado cuando la crisis persiste pero el gobierno actuó de manera negligente en su atención? Claramente la respuesta para todas las interrogantes es negativa.

En síntesis, la Corte ha apelado al intercambio jurídico en aspectos en los que no es particularmente útil, y en cambio ha desaprovechado la

experiencia foránea en asuntos sobre los cuales existen amplios desarrollos. La Corte ecuatoriana ha construido de manera solitaria las reglas jurisprudenciales concretas y específicas que sirven de base para sus decisiones, de modo que las referencias al derecho comparado tienen más una connotación retórica.

4. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada

La reflexión y el análisis precedente partieron de la suposición generalizada sobre la existencia de un progresivo e inexorable proceso de convergencia y armonización de los sistemas jurídicos en el constitucionalismo contemporáneo. Según esta versión de las cosas, los procesos de globalización alcanzan al fenómeno jurídico mismo, de modo que los órdenes constitucionales tienden a aproximarse y a homogeneizarse.

El análisis del constitucionalismo ecuatoriano reciente revela que esta imagen es mucho más problemática de lo que se suele suponer. Por un lado, evidentemente se han presentado dinámicas de diálogo y recepción con respecto a otros sistemas jurídicos, como ha ocurrido con los sistemas mundial y regional de derechos humanos por medio del reconocimiento de la jerarquía constitucional y del valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución de 2008, y con sistemas constitucionales nacionales, de los cuales se han adoptado diferentes estándares a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal. Por otro lado, sin embargo, estas dinámicas han sido “accidentadas” y se han enfrentado a toda suerte de obstáculos, desde el bloqueo del proceso por una o más fuentes del derecho hasta la incomprensión de los sistemas foráneos, pasando por fenómenos como el uso poco riguroso de los otros órdenes jurídicos.

En este contexto, debería ser descartada la idea según la cual la globalización es un proceso lineal que es explicado exclusivamente en términos de armonización, convergencia y homogenización espontánea. Sin embargo, también debería ser descartada la idea según la cual, tras la aparente convergencia entre los distintos ordenamientos jurídicos subyacen oposiciones y conflictos irreconciliables en cuestiones fundamentales, que son invisibilizadas, pasadas por alto, o incluso reprimidas mediante dinámicas

impositivas que pretenden lograr artificialmente una homogeneidad inexistente.⁶⁹ Se trata más bien de una compleja red de procesos que se superponen entre sí.

Esta complejidad en los procesos de aproximación normativa se explica, al menos en parte, por la complejidad del fenómeno jurídico mismo. En efecto, y tal como se indicará en el capítulo siguiente el Derecho involucra no solo un componente estrictamente normativo, sino también componentes de tipo político y cultural; si el funcionamiento del derecho dependiese únicamente de este factor normativo, la mera existencia de un trasplante legal, como pudo haber sido la incorporación de estándares legales y jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos y del constitucionalismo colombiano en la LOGJCC, hubiera sido suficiente para completar el proceso de aproximación normativa; sin embargo, la evidencia empírica puso de presente lo contrario, pues a pesar de este trasplante a nivel legal, las prácticas y las decisiones de los operadores jurídicos son sustancialmente distintas. En estos casos son estos factores extranormativos los que explican estos “tropiezos”.

De igual modo, debe tenerse en cuenta que los fenómenos observados con respecto al constitucionalismo ecuatoriano no son exclusivos de este sistema jurídico. Muchas de las dinámicas identificadas anteriormente

69 Esta es justamente la tesis defendida por Marcelo Neves, quien mediante la formulación del denominado “transconstitucionalismo”, pretende poner en evidencia los frecuentes y profundos conflictos entre los órdenes constitucionales locales, nacionales, supranacionales e internacionales. La expresión “transconstitucionalismo” indica, en primer lugar, que los problemas relativos a los derechos humanos y a la limitación del poder, son hoy en día asuntos que atañen a todas las instancias jurídico-políticas, y por consiguiente, a los distintos órdenes normativos; pero hace referencia también a visibilizar los importantes y significativos choques y conflictos fundamentales entre estos; no se trata de conflictos aislados y marginales, sino diferencias sustantivas que responden a formas diferentes de entender y concebir la naturaleza y el contenido de los derechos humanos, y la función y los límites al poder estatal.

Casos como las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se pronunciaron sobre la publicación de fotos de la princesa Carolina de Hannover, son muestra de las diferencias entre uno y otro. Para el tribunal alemán la difusión es legítima, pues la libertad de prensa prevalece cuando en hipótesis como esta, la esfera de protección de la intimidad de personajes públicos es sustancialmente inferior a la de personas comunes (caso Von Hannover, BVerFGE 101, 361 (375)); para el TEDH, en cambio, la intimidad es inviolable, independientemente de su condición de figura pública (Sentencia del TEDH, caso Von Hannover c. Alemania, TEDH 2004\45, 24/6/2004).

Sobre esta temática véase Neves, Marcelo. *Tranconstitucionalismo*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2009.

son predicables del constitucionalismo contemporáneo en general. Pueden identificarse tres fenómenos: la convergencia y la aproximación, el aislamiento, y las colisiones y conflictos normativos.

Con respecto a los fenómenos de convergencia y armonización se encuentran algunos ejemplos. El contacto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha pretendido tener con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y con la de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por ejemplo, es indiscutible.

Una revisión de las sentencias de la Corte IDH proferidas en el marco de los casos contenciosos, son indicativos del interés de este órgano por la jurisprudencia del TEDH y de la CIJ. Aunque la citación de jurisprudencia no implica per se una aproximación entre los órdenes constitucionales, sí es demostrativa del interés por el intercambio jurídico.

De las 216 sentencias proferidas por la Corte hasta el 20 de noviembre de 2009, 121 de ellas contiene al menos una citación del TEDH, de la CIJ, o de ambos órganos. Es decir, al menos el 57 por ciento de las sentencias contiene como mínimo una citación explícita de jurisprudencia.⁷⁰

De este total de referencias, la mayor parte corresponde al TEDH, y en menor grado, a citaciones conjuntas de TEDH y CIJ, y a citaciones exclusivas de la CIJ. En efecto, de las 206 sentencias analizadas, 109 contienen referencias del TEDH, lo que significa que del total, el 90 por ciento corresponde a este órgano judicial. De igual modo, del total de fallos analizados, 34 corresponden a sentencias que contienen referencias tanto del TEDH como de la CIJ, que equivale al 28 por ciento de las citaciones. Del

70 La medición de este intercambio jurídico entre la Corte IDH y el TEDH y la CIJ se efectuó teniendo en cuenta los siguientes parámetros metodológicos:

1. Primero, se efectúa mediante la citación explícita de la jurisprudencia del TEDH y de la CIJ.
2. Segundo, se tuvieron en cuenta la totalidad de las sentencias de la Corte IDH expedidas en el marco de los casos contenciosos hasta el 20 de noviembre de 2009, es decir, las referidas a las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, e interpretación. Por circunscribirse el análisis a las sentencias en casos contenciosos, se descartan las opiniones consultivas, las medidas provisionales y las decisiones referidas a la supervisión del cumplimiento de las sentencias.
3. Tercero, para cada sentencia de la Corte IDH se estableció si hubo o no citación explícita de jurisprudencia, el número de citaciones y el tema objeto de la citación. A partir de la información se definió el nivel y el tipo de interacción, mediante la determinación del porcentaje de sentencias con citación del TEDH o de la CIJ, porcentaje de sentencias con citación de alguno de los dos (2) tribunales, número de citaciones por sentencias y temáticas objeto de la citación.

total de providencias de la Corte, 45 contienen citas de la CIJ, lo que significa que del total, el 37 por ciento contiene referencias a la CIJ. Lo anterior implica que usualmente, y salvo algunas excepciones, siempre que se cita a la CIJ, se cita también al TEDH.

Así, por ejemplo, la Corte IDH se valió de la jurisprudencia del TEDH para determinar, por ejemplo, la compatibilidad de las penas corporales con la prohibición de los tratos crueles, inhumanos o degradantes,⁷¹ la validez de las restricciones al derecho de petición,⁷² la libertad de expresión,⁷³ la sentencia como forma per se de reparación del daño moral,⁷⁴ el agotamiento de los recursos internos como requisito para acudir a la jurisdicción regional de derechos humanos,⁷⁵ los estándares y parámetros para determinar la imparcialidad e independencia de la justicia

- 71 Corte IDH, caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 marzo 2005, serie C n.º 123. En esta sentencia se hace referencia a los fallos del TEDH en los siguientes casos: *Tyrer vs. United Kingdom* (25 abril 1978, serie A n.º 26) e *Ireland vs. United Kingdom* (18 febrero 1978, n.º 25 (1979-1980)). Internet. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.doc.
- 72 Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia del 4 septiembre 1998, serie C n.º 41. Esta sentencia utiliza la jurisprudencia del TEDH para determinar el alcance del derecho de petición, particularmente la sentencia en el caso *Loizidou vs. Turquía*, a la que considera como un “clásico” en la materia. Internet. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.doc. Acceso: 5 agosto 2010.
- 73 Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 julio 2004, serie C n.º 107. En esta sentencia se refiere a una amplia jurisprudencia del TEDH, y particularmente a los fallos en los siguientes casos: *Scharsach and New Verlagsgesellschaft vs. Austria* (13 febrero 2004); *Perna vs. Italy* (6 mayo 2003); *Dichand and others vs. Austria* (26 febrero 2002); *Lehideux and Isorni vs. France* (23 septiembre 1998); *Otto-Preminger Institute vs. Austria* (20 septiembre 1994, serie A n.º 295^a); *Castells vs. Spain* (23 abril 1992, serie A n.º 236); *Oberschlick vs. Austria* (25 abril 1991); *Müller and others vs. Swizerland* (24 mayo 1988, serie A n.º 133); *Lingens vs. Austria* (8 julio 1986, serie A n.º 103); *Barthold vs. Germany* (25 marzo 1985, serie A n.º 90); *The Sunday Times vs. United Kingdom* (29 marzo 1979, serie A n.º 30); *Handyside vs. United Kingdom* (7 diciembre 1976, serie A n.º 24).
- 74 Corte IDH, caso *El Amparo vs. Venezuela*, sentencia del 14 septiembre 1996, serie C n.º 28. En esta sentencia se citan numerosos fallos del TEDH, particularmente en los siguientes casos: *Kruslin* (24 abril 1990, serie A n.º 176); *McCallum* (30 agosto 1990, serie A n.º 183); *Wassink* (27 septiembre 1990, serie A n.º 185); *Koendjibiharie* (25 octubre 1990, serie A n.º 185); *Darby*, 23 octubre 1999, serie A n.º 187); *Lala vs. Países Bajos* (22 septiembre 1994, serie A n.º 297); *Bronn and others vs. Países Bajos* (27 octubre 1994, serie A n.º 298); *Boner vs. Reino Unido* (28 octubre 1994, serie A n.º 300); *Ruiz Torrija vs. España* (9 diciembre 1994, serie A n.º 303); *B. vs. Austria* (28 marzo 1990, serie A n.º 175).
- 75 Corte IDH, caso *Castillo Páez vs. Perú*, sentencia del 30 enero 1996, serie C n.º 24. La Corte IDH refiere una amplia jurisprudencia del TEDH, y especialmente las sentencias en los siguientes fallos: *Artico vs. Italia* (1980); *Corigliano vs. Italia* (1982); *Ciulla vs. Italy* (1989); *Granger vs. United Kingdom* (1990); *Bozano vs. France* (1986); *De Jong, Baljet y Van der Brink vs. Holland* (1984); *Bricmont vs. Belgium* (1989); *Van der Sluijs, Zuideryeld y Kapple vs. Holland* (1983).

interna,⁷⁶ los requisitos para la declaratoria de un estado de excepción y para la adopción de medidas excepcionales,⁷⁷ entre muchos otros temas.⁷⁸ En el caso de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), por el contrario, el énfasis de la citación ha estado, como es de esperarse, en cuestiones relativas al régimen del derecho internacional público, y particularmente en cuestiones relacionadas con la interpretación y aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, así como cuestiones de tipo procesal. En este sentido, la Corte IDH se ha valido de la jurisprudencia de la CIJ en materias como el sistema de reservas y los límites a las reservas en tratados internacionales, la interpretación de los tratados internacionales y el principio hermenéutico del efecto útil, la

76 Corte IDH, caso *Aptiz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, sentencia del 5 agosto 2008, serie C n.º 182.

En esta sentencia la Corte IDH se refiere a los fallos del TEDH en los casos siguientes: *Pullar vs. the United Kingdom* (10 junio 1996); *Fey vs. Austria* (24 febrero 1993, serie A n.º 255^a); *Daktaras vs. Lithuania* (10 octubre 2000); *Piersack vs. Belgium* (1 octubre 1982, serie A n.º 53), y *De Cubber vs. Belgium* (26 octubre 1984, serie A n.º 86).

77 Corte IDH, caso *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, sentencia del 4 julio 2007, serie C n.º 166.

En esta sentencia la Corte IDH se refiere a la sentencia del TEDH en el caso *Lawless vs. Ireland* (1 julio 1961, serie A n.º 3).

78 Dos ejemplos específicos ilustran la forma en que se ha entablado este proceso de aproximación. El primero se refiere al caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, en el que la Corte IDH se pronunció sobre la compatibilidad de la aplicación de castigos corporales como parte del poder represivo del Estado, con la CADH. Frente a la indeterminación del texto convencional, la Corte apeló a la interpretación efectuada en la jurisprudencia del TEDH, y particularmente a la sentencia en el caso *Tyrer vs. Reino Unido* y en el caso *A. vs. United Kingdom*. A partir de esta referencia la Corte concluye que los Estados deben abstenerse de imponer penas corporales.

El segundo se refiere al caso *Zambrano Vélez vs. Ecuador*, referido a una ejecución extrajudicial y la respectiva investigación. Aquí la Corte debía resolver tres problemas jurídicos: primero, la validez de la suspensión de garantías y derechos en la que se enmarcó la ejecución, las condiciones para el uso de la fuerza por parte de las fuerzas estatales de seguridad, y el control público a las investigaciones sobre uso excesivo de la fuerza pública. Respecto de estos tres (3) problemas se apeló a la jurisprudencia del TEDH. Respecto del primer problema utiliza las pautas sentadas en el caso *Lawless vs. Ireland*, para concluir que únicamente resultan admisibles las suspensiones de derechos y garantías cuando a partir de criterios objetivos, existe una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta a toda la población en su conjunto y que constituye una amenaza para la vida organizada en sociedad. En cuanto al segundo problema, la Corte cita las sentencias en los casos *Erdogan and others vs. Turkey* y *Kilik y Simsek and others vs. Turkey*, para concluir que los Estados tienen obligación de brindar un entrenamiento adecuado a los miembros de la fuerza pública para que sus actuaciones se adecúen a los estándares constitucionales y legales. Finalmente, con respecto al tercer problema, la Corte IDH utiliza un amplio repertorio de sentencias del TEDH (casos *Sergey Shevchenko vs. Ukraine*; *Tanis and Others vs. Turkey*; *Isayeva vs. Russia*, *Erdogan and Others vs. Turkey*; *Makaratzis vs. Greece* y *McCann and Others vs. United Kingdom*) para concluir que las investigaciones sobre el uso excesivo de la fuerza deben estar sujetas a un amplio escrutinio público, con el objeto de garantizar la responsabilidad de los agentes estatales.

jurisdicción internacional obligatoria, las cláusulas facultativas de reconocimiento de jurisdicción obligatoria en tratados internacionales de derechos humanos, el derecho interno frente a las obligaciones derivadas del derecho internacional, la competencia de la jurisdicción internacional, la naturaleza de las opiniones consultivas, los sujetos del derecho internacional, la responsabilidad internacional, las obligaciones de medio y de resultado de los Estados, la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, la práctica de pruebas en los procesos en la jurisdicción internacional, la prueba diabólica, los efectos jurídicos de la falta de contestación de la demanda, la supervisión del cumplimiento de los fallos, la duración de los procesos, la prueba pericial. En algunos casos excepcionales se encuentran referencias a la interpretación de derechos humanos, como la pena de muerte, el derecho a la asistencia consultar, el genocidio, la privación arbitraria de la vida, el principio de autodeterminación, y el derecho internacional humanitario.

En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, las “referencias cruzadas”, aunque no son tan frecuentes en términos cuantitativos, han sido especialmente importantes en este órgano judicial. Es así como la Corte se ha servido de la jurisprudencia constitucional comparada de distintos países y de órganos regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para estructurar su posición frente a problemas jurídicos sustanciales y procesales de la mayor relevancia.

Así, por ejemplo, para establecer los parámetros para que el Estado pueda sustraer a los padres el cuidado de los hijos por una situación de abandono, la Corte colombiana tuvo en cuenta una abundante jurisprudencia del TEDH. En esta sentencia⁷⁹ fueron citadas al menos 11 sentencias del Tribunal de Estrasburgo.⁸⁰ De igual modo, con cierta frecuencia se

79 Sentencia n.º T-572/09, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

80 Las sentencias del TEDH fueron las siguientes: Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Bronza v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV; Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I; Eur. Court H.R., Case of Berrehab v. the Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 138; Eur. Court H.R.; Eur. Court H.R., Case of K and T v. Finland, Judgment of 12 July 2001; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000; Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (n.º 2), Judgment of 27 November 1992, Series A n.º 250.

apela a la jurisprudencia alemana, española e italiana, en temas como la modulación de los efectos de las sentencias, las omisiones normativas inconstitucionales absolutas y relativas, el test de proporcionalidad, la ponderación, o el contenido esencial de los derechos, e incluso sobre las técnicas para el manejo del precedente judicial. Por ejemplo, en diversas sentencias se ha utilizado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán para fundamentar ciertas reglas jurisprudenciales; este es el caso de la sentencia n.º T-439/09 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), que se refirió a la jurisprudencia alemana sobre los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad y en la que se reconoce la facultad para difundir públicamente información personal e íntima en medios de comunicación, cuando ello ha sido aceptado por el afectado, o cuando este se encarga de develar la respectiva información; en la sentencia n.º T-371/09 (M.P. Jorge Iván Palacio), por su parte, se alude a la doctrina del “*dwittwirkung der grundrechte*” o sobre el efecto directo de los derechos fundamentales, para estructurar y fundamentar la figura de la tutela contra particulares; en la sentencia n.º C-473/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se refiere a la figura de las “resoluciones de aviso o admonitorias” de la jurisprudencia alemana, y el salvamento de voto a la sentencia n.º C-545/08 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, se refiere a las “sentencias apelativas” o “sentencias de todavía constitucionalidad” de la jurisprudencia alemana, en las que el juez advierte que la norma objeto de control es aún constitucional, pero que en un futuro puede devenir en inconstitucional si no se adoptan cierto tiempo de medidas en el corto plazo.

Igualmente, la utilización de los precedentes judiciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha sido determinante en la producción jurisprudencial de la Corte colombiana. Así, una revisión de las providencias de la Corte revela que la Corte IDH ha sido citada en al menos 33 autos⁸¹ y 341 de sus sentencias, tanto de tutela como de constitucionalidad abstracta.⁸² Esto, a pesar de que la propia Corte

81 Se trata de los siguientes autos: A122/10, A059/10, A257/09, A222/09, A169/09, A095/09, A048/09, A005/09, A004/09, A379/08, A141/08, A100/08, A092/08, A089/08, A086/08, A248/07, A181/07, A162/07, A222/06, A169/06, A140/06, A198/05, A110/05, A106/05, A187/04, A185/04, A046/04, A031/04, A026/04, A121/04, A011/04 y A004/04.

82 Este dato fue obtenido a partir de la revisión de la totalidad de fallos judiciales (autos y sentencias) proferidos por la Corte Constitucional desde el año 1992 hasta el 12 de enero de 2001, teniendo en cuenta si en su contenido se hacía mención explícita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

colombiana ha restado valor y eficacia jurídica a la jurisprudencia de este organismo, estableciendo de manera un tanto ambigua que si bien las decisiones de la Corte IDH constituyen una pauta hermenéutica constitucionalmente relevante, no integra el bloque de constitucionalidad.⁸³

Sin embargo, al lado de estas dinámicas de aproximación normativa existen procesos de aislamiento y colisión, tal como ha ocurrido en el Ecuador. El constitucionalismo ecuatoriano, por consiguiente, no es un caso exótico, sino que responde a la dinámica general de las relaciones entre los sistemas jurídicos.

En efecto, existen hipótesis en las que un sistema jurídico se encuentra aislado, total o parcialmente, del constitucionalismo global y regional.

Un primer ejemplo de este tipo se encuentra en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que al igual que el Tribunal de Luxemburgo (Tribunal de Justicia de la Unión Europea o TJUE) se enfrenta a problemas de índole constitucional, pero en términos generales se ha marginado del intercambio jurídico. Mientras en el caso europeo, el TJUE ha articulado sus competencias relacionadas con la integración económica con el discurso de los derechos humanos, en el caso andino el TJCA se ha abstenido de imprimir una perspectiva constitucional a estos problemas y de iniciar un proceso de intercambio jurídico con los sistemas mundial y regional de derechos humanos. En efecto, cerca del 90 por ciento de sus fallos se refieren a la propiedad intelectual, y el restante 10 por ciento se distribuye en materias como barreras al comercio intrarregional, la tributación, el transporte, entre otra. Sin embargo, en términos generales el TJCA no ha logrado establecer el nexo entre propiedad intelectual y los derechos humanos, marginándose entonces del potencial intercambio constitucional que podría existir en esta materia.⁸⁴

83 Auto n.º A181/07, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En el mismo sentido se encuentran las sentencias n.º T-171/06, T-067/03 y T-1319/01 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

84 Aunque durante mucho tiempo la propiedad intelectual y los derechos humanos permanecieron como temáticas aisladas y desarticuladas, después de una compleja e interesante evolución, se han estrechado sus vínculos y nexos en el discurso mundial: “Derechos humanos y propiedad intelectual, dos cuerpos normativos que algunas vez fueron extraños, ahora se están convirtiendo en compañeros de cama. Durante décadas, ambas temáticas fueron desarrolladas aisladamente una de otra. Pero en los últimos años, los estándares internacionales han comenzado a establecer las intersecciones entre el derecho de la propiedad, por un lado, y el derecho de los derechos humanos, por otro”.

Pese a lo anterior, el TJCA ha estado al margen de este proceso, por lo que el tratamiento jurídico de la propiedad intelectual no ha tenido en consideración sus vínculos naturales con los derechos humanos, y mucho menos se ha establecido algún tipo de intercambio jurídico con otros sistemas constitucionales.

Un segundo ejemplo se refiere a las hipótesis en las que los sistemas constitucionales que han sido altamente permeables al intercambio jurídico, se abstienen de establecer interacciones en determinados segmentos o facciones del ordenamiento. Esto es justamente lo que ha ocurrido en el constitucionalismo colombiano, en el que a pesar del relativamente importante diálogo que se ha mantenido con los sistemas mundial y regional de derechos humanos y con otros sistemas constitucionales nacionales, existen materias en las que no ha existido ninguna permeabilidad. Una de ellas se refiere a la organización territorial del Estado, donde pese a la imperiosa necesidad de contar con reglas jurisprudenciales que precisen las directrices constitucionales para solucionar los continuos y frecuentes conflictos entre la nación y las entidades territoriales o para definir el sistema de coordinación entre los diferentes niveles territoriales, la jurisprudencia ha sido claramente insuficiente, y no se ha “alimentado” de otros órdenes constitucionales que podrían aportar elementos de juicio importantes para desarrollar esta temática.

En efecto, la relatoría de la Corte Constitucional indica que existen alrededor de 300 providencias judiciales relacionadas con la temática de “entidades territoriales”. Pese al amplio catálogo de reglas jurisprudenciales en esta materia, estas han resultado insuficientes para resolver los complejos conflictos que se presentan a diario, como cuando se pregunta por la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, la facultad del Congreso para intervenir en el manejo presupuestal de

Hoy en día organizaciones como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO/OMPI), la Comisión de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Sub-Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Organización Mundial del Comercio (WTO/OMC), la Organización Mundial de la Salud (WHO/OMS), entre muchas otras, hoy en día son plenamente conscientes de este vínculo natural.

Sobre el proceso a través del cual se vinculó la propiedad intelectual con los derechos humanos, véase Helfer, Laurence R. *Human rights and intellectual property: conflict or coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, vol. 5, 2003; Loyola – LA Legal studies Paper n.º 2003-27; Princeton Law and Public Affairs Paper n.º 04-003.

municipios y departamentos, el tipo y el nivel de apoyo que debe brindar la nación a estas entidades en la atención de la población desplazada, el nivel territorial competente para regular los elementos de los tributos de las entidades territoriales, la validez de los mecanismos de cofinanciación para el diseño y ejecución de los proyectos de desarrollo regional, la facultad de la nación para intervenir en sus fuentes endógenas y exógenas de financiación, la validez de los programas de ajuste fiscal, entre muchos otros.

Sin embargo, y a pesar de la existencia de órdenes constitucionales que han desarrollado ampliamente la temática de la autonomía de las entidades territoriales, como ha ocurrido con el Tribunal Constitucional español, o con el Tribunal Constitucional alemán, el diálogo que la Corte Constitucional colombiana ha entablado ha sido escaso, por no decir nulo. La revisión de la base de datos con la jurisprudencia de la Corte en esta materia respalda ampliamente esta idea: la utilización de legislación, doctrina o jurisprudencia extranjera en dichas sentencias es inexistente. Bien significativo es el hecho de que uno de los pocos fallos que inician un proceso de intercambio, se encuentra en el salvamento de voto de un magistrado que actuó como conjuez en un único caso (Julio César Ortiz), en la sentencia n.º C-263/96 (M.P. Antonio Barrera Carbonell); el estudio de la autonomía territorial a partir de la experiencia alemana brinda importantes elementos de juicio para soportar y justificar el salvamento de voto en dicha sentencia. Pero ello lo que demuestra es que este proceso de intercambio normativo viene a constituir la gran excepción en este marco general de aislamiento constitucional en materia de organización territorial del Estado colombiano. De este modo, si bien es cierto que la Corte colombiana ha sido relativamente receptiva al diálogo y al intercambio constitucional, existen amplios campos y áreas donde esto no ocurre así.

Finalmente, se encuentran otros casos en los que al igual que en el caso ecuatoriano, el intercambio jurídico tiene más bien un carácter simbólico. Se trata de hipótesis en las que la aproximación con otros sistemas se da únicamente en un plano discursivo, pero sin que se produzca en realidad una interacción material y efectiva. Un caso paradigmático de este tipo de referencias se encuentra en la famosa y renombrada sentencia en el caso *Verbistky*, proferida por la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina. Este fallo se ha dado a conocer en el mundo entero por

constituir un ejemplo paradigmático de lo que se conoce como “litigio estratégico”.⁸⁵ En efecto, esta sentencia resuelve la situación de alrededor de 6 000 personas privadas de la libertad en la provincia de Buenos Aires en calidad de detenidos que se encontraban en condiciones objetivamente deplorables debido a la superpoblación y al hacinamiento, al mal estado de conservación e higiene de la estructura, a la carencia de ventilación y luz natural, el exceso de humedad, la ausencia de mobiliario básico como camas y mesas para comer, la propagación de enfermedades infectocontagiosas y la alta incidencia de violencia física y sexual. El fallo reconoce que la situación carcelaria es contraria al derecho de los derechos humanos, y a partir de allí adopta decisiones encaminadas a superar los problemas estructurales que daban lugar a la vulneración masiva de derechos, incluso relacionados con el diseño y ejecución de políticas públicas.

Igualmente notable ha sido el hecho de que la sentencia contiene una amplia y profusa referencia, tanto al derecho extranjero, como a los sistemas mundial y regional de derechos humanos. Con respecto al sistema mundial de derechos humanos se citan diversos tratados y declaraciones que la luz del derecho argentino tienen jerarquía constitucional,⁸⁶ otros que haciendo parte del ordenamiento argentino no tienen tal rango,⁸⁷ instrumentos internacionales del *soft law*⁸⁸ y las observaciones generales de los órganos de supervisión de tratados internacionales de derechos humanos. Con respecto al sistema interamericano de derechos humanos se citan instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Opinión Consultiva OC/17/02 sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño y diversas sentencias del mismo organismo.

85 Sentencia en el caso *Verbitsky, Horacio (representante del Centro de Estudios Legales y Sociales)*. Hábeas corpus. Recurso de casación. Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley. 21 septiembre 2005.

86 Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

87 Este es el caso del Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.

88 Este es el caso de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos de 1955; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos de 1955; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de 1988; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad de 1990; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985 y la Declaración sobre la Protección contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de 1975.

Finalmente, el fallo contiene una amplia referencia al derecho extranjero, tanto de sistemas estatales como de sistemas regionales, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Sin embargo, un análisis del fallo demuestra que la solución a los problemas jurídicos abordados en las sentencias no tiene mayor nexo material con estas referencias al derecho internacional y al derecho comparado. La solución a problemas como el alcance de las facultades de la Corte Suprema para involucrarse en asuntos estructurales, la viabilidad de un hábeas corpus colectivo, la admisibilidad de la actuación de una ONG como agente oficioso en las acciones constitucionales, la revocabilidad de la sentencia definitiva proferida por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la violación de los derechos de los reclusos en el caso particular y la constitucionalidad de la legislación procesal penal sobre la prisión preventiva, no tuvo como fundamento material la normatividad contenida en los instrumentos internacionales, regionales y extranjeros de derechos humanos. Las reglas jurisprudenciales a partir de las cuales la Corte argentina adoptó sus decisiones, no se desprenden ni se derivan de dichas referencias.

El único punto en el que existe una conexión real y material entre los problemas jurídicos abordados y la citación, es el referido a la violación de los derechos de los reclusos por las deplorables condiciones que enfrentan en los centros de detención. Sin embargo, incluso en este punto el nexo es indirecto, pues las referencias genéricas y reiterativas de estos instrumentos no ofrecen mayores elementos de juicios, distintos a los ya contenidos en la propia Constitución.

¿Cómo se explica entonces la profusa y compleja citación de la sentencia Verbistky? En realidad se trata de una citación tendiente, no ya a ofrecer los elementos materiales o el fundamento de la decisión, sino más bien a respaldar y a otorgar legitimidad a la decisión adoptada. Pareciera entonces que frente a un caso de gran complejidad como lo era el caso Verbistky, y cuya solución ofrece tantas dudas y sobre todo tantas polémicas por su impacto político, la referencia sistemática a instrumentos internacionales, al *soft law* y a decisiones de órganos judiciales de gran prestigio (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos), aunque no se refiriesen directa o explícitamente a la hipótesis de hecho concreta y específica, generan

credibilidad y confianza, tanto en la propia Corte como en la comunidad social y académica a la que se dirige. Se trata entonces de una referencia retórica en la que el intercambio jurídico es artificioso y ficticio.⁸⁹

Pero el derecho comparado no solo ofrece abundantes ejemplos de aislamiento, sino también de choques y conflictos entre sistemas jurídicos, que ponen en cuestión la idea de un acercamiento y armonización progresiva en el constitucionalismo contemporáneo. Tres casos específicos de conflicto ejemplifican esta situación.

El primer caso se refiere al conflicto entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los sistemas constitucional y español, en materia de revisión de sentencias penales condenatorias. En efecto, el artículo 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a que toda condena en materia penal sea revisada por una instancia jerárquica superior; en la Observación General n.º 13 del Comité de Derechos Humanos se destaca entre otras cosas, que los derechos y garantías allí consagradas no se circunscriben a los procedimientos en materia penal, sino en general a todos los “procedimientos para la determinación de los derechos y obligaciones de carácter civil”, ni tampoco a los procedimientos ordinarios sino también a los especiales o excepcionales. Por este motivo, los derechos y garantías son aplicables a todos los procedimientos sancionatorios y a todos los procesos judiciales especiales o excepcionales, incluso cuando opera algún tipo de fuero.

Pues bien. Esta exigencia del derecho internacional ha entrado en colisión con dos sistemas jurídicos específicos: el español y el colombiano.

En España existen fundamentalmente dos tipos de procesos: por un lado, los procesos penales para lo que podrían denominarse “delitos menores”, en los que la primera instancia se surte ante órganos judiciales unipersonales (juzgados de lo penal), y la segunda, activada mediante un recurso de apelación, que se surte ante órganos colegiados (Audiencias

89 Para una aproximación diferente a este mismo tema, véase Courtis, Christian. “El caso Verbistky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2, Editores del Puerto (2005): 529-565 (señalando que la referencia al derecho internacional de los derechos humanos en la sentencia del caso Verbistky no es una mera cita “ornamental”, sino a la que subyace el supuesto de que la Corte “se está tomando en serio la jerarquía constitucional y suprallegal de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que cuando deba enfrentar una situación de hecho en la que son aplicables simultáneamente normas constitucionales, normas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y normas de otros tratados internacionales, el tribunal tendrá vista todos estos estándares en juego e intentará armonizarlos”).

Provinciales o Sala Penal de la Audiencia Nacional). Pero en los demás procesos, en cambio, el proceso penal se estructura en tres fases: una fase de investigación previa adelantada por un órgano jurisdiccional unipersonal (el juzgado de instrucción el juzgado central de instrucción), un enjuiciamiento en instancia única y en juicio oral y público ante un tribunal colegiado (la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional), y de manera excepcional y eventual, una fase para la resolución de los recursos extraordinarios de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; este último no da lugar a una nueva instancia que posibilite la revisión plena e integral de la sentencia, sino que únicamente confiere la posibilidad de revisar aspectos puntuales y precisos definidos por la propia ley. Dentro de las limitaciones más significativas al recurso de casación se encuentra la imposibilidad para ejercer un control sobre los juicios empíricos o de hechos formulados o sostenidos por el juez de instancia, de modo que en términos generales no es posible una revisión de la valoración de la prueba.

Estas restricciones han sido cuestionadas por su eventual negación de los estándares internacionales relativos a la doble instancia. Por ejemplo, con ocasión de un caso concreto en el que una persona condenada no tuvo la oportunidad de plantear el recurso de casación para solicitar una nueva evaluación de pruebas, el Comité de Derechos Humanos consideró que el condenado no tuvo la posibilidad “de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia”; en el mismo sentido, el Comité sostuvo que el sistema de recursos devolutivos en materia penal era contrario e incompatible con el artículo 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁹⁰ Algo semejante se ha puesto de presente en otras cuantas oportunidades.⁹¹

90 Dictamen del 20 de julio de 2001 en el caso *Cesario Gómez Vásquez vs. Reino de España*. Comunicación n.º 701/1996/69/D/701/1996.

91 Este es el caso, por ejemplo, del dictamen del 23 de junio de 1997 en el caso *Michael y Brian Hill vs. España*. Comunicación n.º 526/1993 (CCPR/C/59/D/526/1993). Aquí se concluyó que se había vulnerado el derecho de las personas condenadas que la respectiva sentencia y la pena impuesta sea revisada de manera integral por un tribunal superior; en este caso, sin embargo, el motivo de la infracción al tratado era bien distinta: no era la configuración legal del recurso frente a la sentencia ni las facultades del juez superior, sino la negativa sistemática y reiterada de los abogados de oficio para hacerse cargo del caso específico.

Otros dictámenes relevantes han sido los siguientes: dictamen del 30 julio 2003 (caso *Joseph Semy*

Frente a este cuestionamiento, tanto la justicia ordinaria como el propio Tribunal Constitucional han desconocido la fuerza vinculante de los dictámenes del Comité de la ONU, a partir de diferentes argumentos: por un lado, dichos actos carecen de naturaleza jurisdiccionales y no tienen a potencialidad de afectar la validez de las decisiones judiciales de los jueces españoles; los dictámenes se pronuncian sobre hechos y conflictos distintos a los que resuelven los jueces internos, pues mientras aquellos se refieren al incumplimiento del Estado respecto de sus obligaciones frente a la comunidad internacional, estos se pronuncian sobre conflictos concretos entre sujetos determinados; y finalmente, se ha argumentado que el sistema de casación penal previsto en la legislación española, matizado con las precisiones que para tal efecto ha establecido el propio Tribunal Constitucional, es compatible con el artículo 14, numeral 5 del PIDCP.^{92,93}

Una problemática análoga se encuentra en el derecho colombiano. Aunque en materia penal la regla general es la doble instancia, de acuerdo con las exigencias del artículo 14, numeral 5 del PIDCP, existen casos excepcionales en que existe una única instancia, particularmente para los altos dignatarios del Estado.⁹⁴

vs. España); del 7 agosto 2003 (caso Manuel Sineiro Fernández vs. España); 15 noviembre 2004 (caso José María Alba Cabriada vs. España); 25 mayo 2005 (Antonio María Fernández vs. España); 13 mayo 2003 (caso Luis Pascual Estevill vs. España); 10 mayo 2005 (caso Parra Corral vs. España); 16 agosto 2005 (caso Luis Bertelli Gálvez vs. España); 16 agosto 2005 (caso Luis Cuartero Casado vs. España); 21 noviembre 2005 (caso Héctor Luciano Carvallo Vilar vs. España).

92 Sentencias n.º STC 70/2002 (3 abril 2002), STC 80/2003 (14 mayo 2003), STC 105/2003 (2 junio 2003), STC 123/2005 (12 mayo 2005), STC 116/2006 (24 abril 2006).

93 Sentencia n.º STC 123/2005 del 12 mayo 2005.

94 En efecto, existen tres fueros para los altos dignatarios del Estado, de la manera siguiente:

En primer lugar se encuentra el fuero previsto para el Presidente de la República o quien haga sus veces, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación. En este caso, 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 (Cámara baja del Congreso), y declaración positiva de seguimiento de la causa por parte del Senado (Cámara alta del Congreso) (arts. 174-175, C.P.).

En segundo lugar, se encuentra el fuero de los miembros del Congreso. En este caso, tanto la investigación como el juzgamiento en única instancia se radica en la Corte Suprema de Justicia (art. 235, C.P.). Por último, se encuentra el fuero de los ministros de despacho, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, agentes del Ministerio Público ante la Corte Suprema, el Consejo de Estado 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. En este caso los hechos punibles son objeto de investigación y acusación por parte del Fiscal General de la Nación, y de juzgamiento en única instancia por la Corte Suprema de Justicia.

Este régimen especial fue concebido inicialmente, más que como una restricción del derecho al debido proceso, como una garantía institucional a favor de los propios dignatarios del Estado. El argumento es que dada su condición, el único órgano con las calidades para juzgarlos es la propia Corte Suprema de Justicia, cuyas decisiones no pueden ser revisadas por incontrovertidas, al ostentar la calidad de máximo órgano en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la coyuntura política, en la que múltiples personajes públicos vinculados a la denominada “parapolítica” han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia, ha dado lugar a un permanente cuestionamiento de la estructura de estos procesos penales. Y como esta figura tiene rango constitucional, el cuestionamiento se ha hecho desde el sistema mundial y regional de derechos humanos y no desde la Constitución Política de 1991.

La Corte Constitucional, sin embargo, a lo largo de una uniforme y reiterada jurisprudencia, no ha encontrado ninguna incompatibilidad entre los sistemas mundial y regional de derechos humanos, y el ordenamiento constitucional colombiano. Desde los primeros años de la Corte ha sostenido al menos cuatro argumentos.⁹⁵

En primer lugar, ha afirmado que este régimen excepcional, que implica un acceso directo al órgano rector del sistema judicial, 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 o como un desconocimiento de derechos. Como se trata de un órgano colegiado integrado por los jueces de la más alta formación, experiencia profesional, reconocimiento e independencia institucional, y como el juicio es especialmente expedito para asegurar la economía procesal, el régimen excepcional es en realidad un beneficio establecido en su favor, y plenamente justificado en virtud de la necesidad de asegurar la independencia judicial, la idoneidad del juez y la economía procesal.

En segundo lugar, por medio de un razonamiento disanalógico, la Corte ha relativizado el imperativo de la doble instancia, demostrando

95 Al respecto véanse las sentencias n.º C-142/93 (M.P. Jorge Arango Mejía); C-411/97 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); C-040/02 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett); C-934/06 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa); SU-811/09 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

que las razones por las que de manera general es necesaria la doble instancia, son inexistentes en el caso de los altos funcionarios del Estado que son juzgados por el máximo órgano judicial de un país. En efecto, la doble instancia debe ser la regla general, pues de manera general la primera instancia se surte antes jueces de categoría inferior que son especialmente proclives al error; pero cuando se accede directamente a la cabeza del sistema judicial, como en este caso ocurre con la Corte Suprema de Justicia, esta necesidad desaparece. Así, pues, el imperativo de la doble instancia no tiene un carácter absoluto.

En tercer lugar, la Corte ha argumentado que pese a la inexistencia de una doble instancia como tal, subsiste en todo caso la revisión judicial de las decisiones condenatorias en materia penal para los altos funcionarios del Estado, mediante la acción de revisión y de la acción de tutela en contra de las decisiones de las altas cortes. En la eventual hipótesis de un fallo abiertamente contrario al derecho positivo, subsiste la posibilidad de controvertirlo mediante estos dos (2) dispositivos excepcionales.

Finalmente, la Corte ha presentado un argumento que parece poner en entredicho la obligatoriedad, o al menos, la rigurosidad en la interpretación y aplicación del derecho internacional y regional de derechos humanos. En efecto, los sistemas internacional y supranacional deben adaptarse a las particularidades de cada sistema político y dejar a salvo un amplio margen de configuración legislativa en los ordenamientos constitucionales estatales: “En el caso de las reglas internacionales aplicables, éstas 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”;⁹⁶ “cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos”.⁹⁷

Pero además, para matizar y relativizar la regla del derecho internacional y regional, se ha argumentado que como estos sistemas jurídicos únicamente contienen preceptos genéricos que se refieren a la necesidad de la doble instancia, pero que en cambio no se refieren explícitamente a la

96 Sentencia n.º T-146/10, M.P. María Victoria Calle Correa.

97 Sentencia n.º C-934/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

hipótesis específica de los altos funcionarios del Estado, resulta jurídicamente viable restringir el alcance de dichas normas en virtud de la clásica regla según la cual la norma especial prevalece sobre la general.⁹⁸

El segundo caso que pone en evidencia los potenciales conflictos entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra en el reconocimiento del derecho de la mujer al aborto en el sistema mundial de derechos humanos, frente a la legislación y la jurisprudencia alemana.

En efecto, los comités que vigilan el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, y particularmente el que vigila la CEDAW, han tendido a derivar de dichos instrumentos la obligación de los países de despenalizar, al menos parcialmente, la práctica del aborto. En la medida en que ninguno de los tratados consagra de manera explícita ni la obligación de los Estados de despenalizar el aborto, ni mucho menos el derecho de la mujer al aborto, estos comités han elaborado tres tipos de argumentos para sustentar su pretensión de despenalización, todos ellos estructurados desde la defensa de los derechos de la mujer.

En primer lugar, se sostiene que independientemente de la prohibición legal de abortar, las mujeres recurren con frecuencia a este procedimiento, pero al hacerlo en condiciones de clandestinidad, ponen en grave peligro su vida y su salud; en estas circunstancias, la penalización del aborto constituye una vulneración de los derechos a la vida y la salud de las mujeres. De igual modo, la penalización del aborto niega los derechos reproductivos de la mujer, en virtud de los cuales esta debe tener la opción de decidir cuándo y cuántos hijos tener. La criminalización de la conducta, al impedir la interrupción del embarazo y al obligar a la mujer a tener hijos no deseados, desconoce el derecho internacional de los derechos humanos. Por último, el aborto hace parte de la autonomía y la libertad de la mujer, especialmente del derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Así, la penalización del aborto vendría a ser incompatible con la integridad física y moral de la mujer. Por intermedio de observaciones y recomendaciones, como la Recomendación General n.º 14 del comité de la CEDAW, se ha fijado esta obligación a cargo de los Estados parte.

98 Sentencia n.º C-934/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

La legislación y la jurisprudencia alemana ponen en evidencia su incompatibilidad con los dictados del *soft law*. En Alemania se han expedido alrededor de diez sentencias relativas al aborto, tanto por el Tribunal Constitucional Federal,⁹⁹ como por el Tribunal Supremo Federal.¹⁰⁰ De todas ellas, las que se refieren directamente al problema de la constitucionalidad de la penalización y despenalización del aborto, son las proferidas en 1975 y 1993.

La primera de ellas, la proferida el 25 de febrero de 1975, revisó la constitucionalidad de la Quinta Ley de Reforma al Código Penal. Esta ley despenalizaba el aborto durante las doce primeras semanas del embarazo, admitiéndolo después de la consulta a un médico y a expertos sobre el apoyo público y privado brindado a las mujeres embarazadas, y establecía un sistema de indicaciones que lo justificaban en etapas posteriores al primer trimestre, particularmente cuando el no nacido sufriese severos daños físicos o mentales o si el embarazo constituía una amenaza para la salud o

99 Estas sentencias del Tribunal Constitucional Federal son las siguientes:

1. BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975 (decisión sobre la constitucionalidad del artículo 218 del Código Penal, sobre la interrupción del embarazo).
2. BVerfGE 69, 257. Abril 25 de 1985 (decisión sobre la constitucionalidad del artículo 90^a y 185 del Código Penal, acerca de la regulación del aborto en los programas de los partidos políticos; allí se establece que en esta materia se exige una política nacional y no meramente regional, en la medida en que ese encuentran comprometidos los derechos fundamentales).
3. BVerfGE 88, 203. Mayo 28 de 2003 (decisión sobre la constitucionalidad del artículo 218 del Código Penal alemán).
4. BVerfGE, 96, 375. Noviembre 12 de 1996 (resolviendo el caso particular de una mujer que después de haber sido esterilizada, queda embarazada; el Tribunal aclara que la existencia de un ser humano no nacido no puede ser considerado como un daño o perjuicio).
5. BVerfGE 98, 265. Octubre 27 de 1998 (decidiendo sobre la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley de Baviera sobre atención a mujeres embarazadas. Nuevamente se reitera la necesidad de que los lineamientos en la materia sean definidos desde la nación, por encontrarse comprometidos los derechos fundamentales).

100 Estas sentencias del Tribunal Supremo Federal son las siguientes:

1. BGHZ 58, 48. Enero 11 de 1972 (resolviendo sobre la constitucionalidad de los artículos 286 y 287 del Código Penal).
2. BGHZ 76, 259. Marzo 18 de 1980 (determinando los efectos jurídicos de esterilización voluntaria no exitosa, y el embarazo subsiguiente).
3. BGHZ 89, 95. Noviembre 22 de 1983 (estudiando la hipótesis de la asesoría incompleta o errónea sobre las consecuencias del mongolismo).
4. BGHZ 95, 199. Julio 9 de 1995 (determinado las condiciones de la asesoría e información médica sobre las consecuencias del aborto).
5. BGHZ 86, 240. Enero 18 de 1993 (estudiando la hipótesis del embarazo que conlleva el peligro para la vida de la madre).

la vida de la madre. Anteriormente, en cambio, el aborto era penalizado de manera general, y únicamente se consideraba justificado en un estado de necesidad.

Pues bien, en este caso el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del sistema de libertad durante los tres primeros meses del embarazo, y además declaró que hasta tanto entrara una nueva normativa que se ajustara a la Carta fundamental, debían tenerse en cuenta algunas reglas específicas que se detallan en la misma sentencia. En efecto, sostuvo que la regla general debía ser el reconocimiento de la dignidad y los derechos del ser humano no nacido y el respectivo deber del Estado de protegerlos, de modo que únicamente cuando exista una razón imperiosa de orden constitucional que así lo exija, resulta admisible el aborto. En cualquier caso, admitió que en circunstancias excepcionales no se puede exigir la mujer la continuación del embarazo, como cuando existe un peligro para la vida de la mujer o un grave deterioro de su salud, malformaciones graves del feto, un embarazo que es el resultado de una violación o incesto, o situación de necesidad extrema de madre, de acuerdo con la determinación específica del legislador. Debe anotarse, sin embargo, que incluso en estas hipótesis el Tribunal alemán reconoce el derecho del ser humano no nacido; se trata entonces de un conflicto entre los derechos del no nacido, y los derechos de la mujer en estas circunstancias excepcionales.

De acuerdo con los lineamientos fijados por el Tribunal en 1975, en el año de 1976 se aprobó la decimoquinta Ley para la Reforma del Código, que acogió el sistema de las indicaciones y abandonó el sistema de plazos, que había sido declarado inconstitucional. No obstante, con la reunificación alemana se dictó la ley de ayuda a la mujer embarazada y la familia y que reformó parcialmente el artículo 218 del Código Penal.¹⁰¹ Esta nueva ley retoma las directrices de la ley de 1974, admitiendo el aborto durante el primer trimestre del embarazo, cuando es realizado por un médico y se cumpla con la debida asesoría; a partir de las doce (12) semanas del embarazo, se establece un sistema de indicaciones.

Nuevamente, la regulación del aborto fue demandada y el Tribunal Constitucional debió pronunciarse sobre este régimen, declarando

101 La ley es denominada “Ley para la protección de la vida en formación, para impulsar una sociedad amante de los niños, para la ayuda en casos de conflictos por el embarazo y para la regulación del aborto – Ley sobre el embarazo y la familia”.

parcialmente su inconstitucionalidad por tres razones: porque admitía el aborto aunque no se hubiese expedido una indicación sobre la situación de necesidad de la madre, porque la asesoría no estaba diseñada ni dirigida disuadir a la mujer de llevar a cabo el aborto, y porque la obligación del Estado de asumir los costos del aborto se extendían a las hipótesis de abortos ilegales pero no penalizados, cuando únicamente debían cobijar los abortos legales.

En efecto, el Tribunal alemán definió las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. En primer lugar, el no nacido está dotado de personalidad y es titular de los derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la vida.
2. En segundo lugar, el reconocimiento de estos derechos tiene como contrapartida la obligación del Estado de proteger la vida del no nacido, independientemente de los deseos de la madre.
3. En tercer lugar, este deber de protección se predica de cada ser individualmente considerado, y no de la vida considerada de manera genérica. No basta entonces con exaltar la vida del no nacido en general, sino de proteger a cada ser humano en particular.
4. En cuarto lugar, la protección jurídica del no nacido se predica también frente a su madre, por lo que este deber general de protección existe incluso si se opone al deseo de la madre de no llevar a término su embarazo. Es decir, el derecho a la vida del no nacido no puede estar condicionado a la voluntad de terceros, ni siquiera cuando ese tercero es la madre. Como corolario de los presupuestos anteriores, *la regla general es la ilicitud del aborto, prohibida por vía de su penalización*. En general el aborto, en tanto privación de la vida de terceros, es un acto injusto que debe ser prohibido mediante su penalización.
5. Sin perjuicio de lo anterior, en ocasiones específicas los derechos del ser humano no nacido colisionan con los derechos de terceros, y en particular, con los de la madre. En estas hipótesis el legislador debe efectuar un ejercicio ponderativo que permita establecer un orden de precedencia condicionada en estas situaciones conflictivas. Dentro de estas hipótesis se encuentran fundamentalmente dos: por un lado, se encuentran las hipótesis en las que el aborto se encuentra *justificado legalmente*, y por ello no solo despenalizado sino incluso subvencionado

públicamente, de acuerdo con indicaciones específicas y precisas: cuando en virtud de factores hereditarios o de las condiciones del embarazo, se considera razonablemente que el niño sufrirá un daño insuperable en su salud, de modo que de dicha gravedad no se pueda exigir a la mujer la continuación del embarazo, cuando el embarazo es el resultado de una violación o del incesto, y cuando en función de las condiciones de vida presentes y futuras de la madre, se pretende evitar un peligro para la vida o un grave perjuicio para la salud corporal y mental de la madre, y dichos peligros no pueden ser superados de modo distinto al aborto. Por otro lado, se encuentran las hipótesis en las que el aborto se considera *ilegal pero no penalizado y no subvencionado*; se trata de la hipótesis en la que el aborto se realiza dentro de las doce (12) primeras semanas del embarazo, precedido de un asesoramiento especializado encaminado directamente a disuadir a la mujer de su decisión de abortar.

El anterior ejemplo pone de presente las profundas divergencias entre el sistema constitucional internacional y la comprensión del problema por parte del juez constitucional alemán, fundamentalmente por tres razones:

En primer lugar, las bases conceptuales, teóricas e ideológicas sobre las que se asienta la delimitación del aborto en Alemania difieren sustancialmente de las sostenidas por los comités de los tratados internacionales de derechos humanos. Así, mientras que para el Tribunal Constitucional alemán la premisa básica para el planteamiento del problema es el reconocimiento de la dignidad y de los derechos fundamentales del no nacido, y el consiguiente deber jurídico del Estado de protegerla de manera individual, incluso en contra de la voluntad de la madre, para los comités el problema se refiere exclusivamente a los derechos a la vida y a la salud sexual y reproductiva de la mujer. Mientras para la corte alemana la despenalización excepcional del aborto es el resultado de una ponderación de derechos que entran en conflicto, para los comités hay una invisibilización de este conflicto.

En segundo lugar, el alcance que se le ha dado al aborto en Alemania es muy distinto del alcance pretendido por los comités. De acuerdo con los lineamientos de los comités, el reconocimiento pleno de los derechos sexuales y reproductivos exige una liberalización gradual y progresiva del

aborto en el mundo; el objetivo, por consiguiente, es buscar una despenalización paulatina y creciente de esta práctica, hasta reconocer y garantizar plenamente el derecho al aborto. El sistema constitucional en Alemania, por el contrario, parte de la premisa contraria: dado que la regla general es el reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, la liberalización del aborto es y debe ser hacia el futuro, la excepción.

Por último, llama la atención el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ni siquiera menciona o hace alusión al sistema mundial de derechos humanos. No se plantea entonces el conflicto entre los dos sistemas, ni se plantea una posible armonización, ni se desconoce la fuerza vinculante de las observaciones y recomendaciones de los comités. Siguiendo la tradición europea en esta materia, se defiende tácitamente la “soberanía constitucional” de los Estados y de la Unión Europea, por encima de un pretendido derecho constitucional internacional.

Esta mirada del derecho comparado demuestra claramente que las tendencias encontradas en el constitucionalismo ecuatoriano, en el que confluyen y se superponen dinámicas de aproximación e intercambio jurídico, con dinámicas de aislamiento y colisión normativa, son en realidad fenómenos que caracterizan el constitucionalismo contemporáneo.

Capítulo 2

Los componentes del derecho
involucrados en el proceso
de globalización del
Derecho constitucional

1. Introducción

Una vez respondida la pregunta sobre la existencia de un progresivo e inexorable proceso de aproximación jurídica, se debe abordar la siguiente cuestión: ¿Qué elementos o qué componentes son objeto de intercambio jurídico? ¿Normas jurídicas? ¿Contenido de textos legales? ¿Leyes y reglamentos? ¿Criterios y métodos interpretativos? ¿Prácticas y costumbres institucionales? ¿Imaginario jurídicos? ¿Modelos teóricos y conceptuales? ¿Actitudes de los operadores jurídicos? ¿Concepciones ideológicas? ¿El proceso de globalización involucra únicamente el componente normativo del derecho, o compromete también sus componentes extranormativos? ¿Qué categorías normativas o qué fuentes formales del derecho participan de este proceso?

En efecto, parte de la teoría jurídica ha distinguido distintas dimensiones del fenómeno jurídico. Alda Facio, por ejemplo, sostiene que existen tres dimensiones que se relacionan entre sí de manera compleja: una dimensión normativa, una dimensión estructural, y una dimensión política-cultural.¹⁰²

102 El planteamiento de Alda Facio sobre los componentes del derecho coincide parcialmente con la clásica y famosa “teoría tridimensional del derecho” de Miguel Reale. Sin embargo, para los propósitos de esta investigación preferimos la distinción conceptual de Alda Facio, en la medida en que distingue claramente el componente estructural del componente político-cultural del derecho, distinción que no es visibilizada en la teoría tridimensional.

Sobre la teoría tridimensional del derecho véase Reale, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*. Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

El *componente formal-normativo del Derecho* se refiere a las disposiciones jurídicas formalmente promulgadas en un sistema jurídico determinado:

El componente formal normativo sería sinónimo de lo que muchos (as) tratadistas llaman la norma agendi, es decir, la ley formalmente promulgada o al menos, formalmente generada, ya sea en su forma de ley constitucional, tratado internacional, leyes sustantivas y adjetivas, decretos, reglamentos, convenciones colectivas, etc.¹⁰³

Este componente formal-normativo constituye propiamente el derecho positivo; constituciones políticas, leyes orgánicas y ordinarias, reglamentos, resoluciones y otros actos administrativos, precedentes judiciales y costumbres a los que el propio ordenamiento les ha otorgado fuerza vinculante, hacen parte de este primer componente del Derecho. En términos generales suele asimilarse el derecho positivo con el fenómeno jurídico.

Alda Facio, sin embargo, demuestra que el funcionamiento del derecho no se explica por referencia exclusiva a este componente normativo, y que por consiguiente, circunscribir el análisis del derecho a la descripción y explicación de las fuentes formales del derecho, deja por fuera gran parte de la realidad jurídica. En este sentido, la exploración de esta dimensión formal-normativa debe ser articulada con el examen de estas otras realidades que hacen parte del fenómeno jurídico.

Así, se encuentra lo que se denomina el *componente estructural del Derecho*, que se refiere a los presupuestos conceptuales y teóricos utilizados por los operadores jurídicos para la interpretación y aplicación del derecho positivo:

El componente estructural de la ley sería el contenido que las cortes, las oficinas administrativas, la policía y todos los funcionarios que administran justicia, le dan a las reglas y principio que se encuentran en el componente formal normativo, al seleccionar, aplicar e interpretarlos.¹⁰⁴

Cuestiones como los criterios y métodos de interpretación de la Constitución y la ley, los criterios para resolver las antinomias y conflictos

103 Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". *Género y Derecho*. Eds. Alda Facio y Lorena Frías. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, p. 109.

104 *Ibid.*

normativos, las pautas para determinar el contenido de los principios, las reglas para seleccionar el derecho aplicable a los casos concretos o para incorporar el derecho internacional al derecho interno, hacen parte de este componente estructural del Derecho.

A pesar de que tradicionalmente este componente ha sido pasado por alto o ha sido relegado a un segundo plano por la teoría y por la práctica jurídica, en las últimas décadas se ha puesto en evidencia su trascendencia en el funcionamiento de los sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, para explicar y comprender en su integridad las decisiones de los jueces constitucionales, no basta con identificar las disposiciones constitucionales o del derecho internacional que fueron tenidas en cuenta para resolver los casos, sino que además se requiere examinar y reconocer los presupuestos conceptuales y teóricos que fueron utilizados por este para seleccionar y dar contenido a las prescripciones constitucionales; la colisión entre el derecho a la honra y la libertad de expresión en casos particulares no es resuelta directamente por el derecho positivo, y requiere entonces de la utilización de pautas metodológicas paralelas, como las teorías del contenido esencial de los derechos o la ponderación; el contenido del derecho a la igualdad no está determinado de manera exhaustiva ni por los textos constitucionales ni por el ordenamiento legal e infralegal, por lo que los operadores son los encargados de esta labor. De, estos presupuestos a partir de los cuales se selecciona, interpreta y aplica el componente formal-normativo, son fundamentales a la hora de explicar y comprender el funcionamiento efectivo del derecho.

Finalmente, existe un *componente político cultural*, constituido por aquellos factores de tipo social, económico, cultural y político, que determinan el contenido y el funcionamiento, tanto del componente formal-normativo, como del componente estructural del Derecho:

El componente político-cultural de la ley es el contenido que las personas le van dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, pero más importante aún, las leyes no escritas que la mayoría acata, las leyes derogadas que en la vida ordinaria siguen vigentes y las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas...¹⁰⁵

105 *Ibid.*

Cuestiones como la ideología dominante, las relaciones económicas entre los agentes que intervienen en las relaciones jurídicas, el entorno político, las actitudes, la situación afectiva y emocional y los valores de los operadores jurídicos, entre muchos otros, hacen parte de este componente político-cultural.

Al igual que en el caso del componente estructural, tradicionalmente este ha sido sustraído del análisis del fenómeno jurídico en la teoría y la práctica jurídica, a pesar de jugar un papel determinante en la configuración específica del derecho positivo y en las prácticas de los operadores jurídicos. Por ejemplo, las decisiones de los jueces constitucionales tampoco pueden ser explicadas de manera exhaustiva sin referencia a estos factores. ¿Qué explica que en un caso específico un tribunal constitucional mantenga una posición que refuerce el valor normativo del precedente judicial, y que en otro caso específico, ese mismo tribunal sostenga una posición distinta? ¿Qué factores explican el contenido que una Corte o Tribunal Constitucional le atribuye al derecho a la vida, al derecho a la igualdad o al derecho al debido proceso, si dicho contenido no está determinado de manera exhaustiva ni en los textos constitucionales ni en el derecho positivo? Este tipo de cuestiones pueden ser entendidas a partir de este componente político-cultural del derecho.

¿Qué tipo de relaciones se presentan entre estos componentes? Lo primero que cabe destacarse es que todos estos componentes hacen parte del fenómeno jurídico, por lo que todos ellos deben ser incorporados al análisis del derecho; cualquier intento por circunscribir el derecho a uno de ellos constituye un intento reduccionista, incapaz de dar cuenta de la realidad jurídica.

En segundo lugar, estos factores tienen una relación de interdependencia mutua y recíproca: el contenido del derecho positivo limita y moldea las relaciones sociales, económicas y culturales, y del mismo modo, estas últimas determinan (al menos parcialmente) el contenido posible de las categorías normativas; del mismo modo, los modelos conceptuales de los operadores jurídicos determinan el contenido del derecho positivo, y este, a su vez, limita y moldea estos modelos: existe pues una interdependencia recíproca.

Sin perjuicio de lo anterior, existe también un nivel relativo de autonomía e independencia de cada uno de estos componentes; por ejemplo, una ley por sí sola no tiene la potencialidad para transformar los

escenarios sociales y económicos de los que hace parte, y a su turno, estos últimos tampoco tienen la potencialidad para fijar por sí solos el contenido de las leyes y demás categorías normativas.

Frente a esta distinción cabe entonces preguntarse si la globalización del derecho constitucional involucra todas estas dimensiones, o tan solo algunas de ellas. ¿Cuál o cuáles de estas dimensiones han sido objeto del proceso de globalización? ¿Qué es aquello que es objeto del intercambio? ¿Ha involucrado únicamente a las fuentes formales del derecho? ¿Ha trascendido el derecho positivo y ha llegado a situarse en los elementos extra-normativos del derecho? ¿Comprende las prácticas y dinámicas de los operadores jurídicos en su labor de interpretación y aplicación del derecho positivo? ¿Se extiende a los presupuestos ideológicos, culturales, políticos y culturales a partir de los cuales se crea, interpreta y aplica el derecho positivo? Específicamente, ¿la globalización del derecho constitucional ha abarcado estos tres componentes del derecho o se refiere únicamente a uno o a algunos de ellos?

Lo primero que debe destacarse es que usualmente la pregunta por la globalización del derecho constitucional no ha sido planteada en estos términos, pues generalmente el problema es teorizado y comprendido a partir de una noción “intuitiva” del fenómeno jurídico. Es decir, en términos generales la cuestión no ha sido planteada explícitamente por la literatura jurídica. Lo que ocurre entonces es que los diferentes planteamientos sobre la globalización del derecho asumen implícitamente una postura en uno u otro sentido, efectuando el análisis sobre alguno de los tres componentes del derecho. Por ejemplo, la propuesta de Anne-Marie Slaughter sobre la existencia de un nuevo orden jurídico globalizado se sustenta en el amplio intercambio jurídico que se visibiliza por medio de la citación de precedentes extranjeros en los fallos judiciales; aunque la autora no lo plantea en estos términos, implícitamente asume que la principal forma de interacción entre los sistemas jurídicos se verifica mediante las fuentes formales del derecho.

En cualquier caso, podemos identificar dos vertientes básicas que responden (al menos implícitamente) a este interrogante, aunque con grandes matices y variables.

En primer lugar, encontramos lo que podría denominarse una “perspectiva normativista”, que analiza y estudia el fenómeno de la globalización a partir del intercambio jurídico operado entre las fuentes formales

del derecho, y particularmente entre el derecho legislado de los diferentes ordenamientos jurídicos. En este sentido, se encuentran variadas y amplias reflexiones y ejemplos concretos sobre la forma en que diversos sistemas jurídicos se relacionan entre sí, por medio de la imitación, la duplicación o adaptación de instrumentos normativos de distintos sistemas jurídicos, tales como leyes y reglamentos.

Así, por ejemplo, las reflexiones teóricas y conceptuales sobre los denominados “trasplantes legales”, en cabeza de reconocidos autores como Alan Watson, se estructuran en torno a las relaciones entre las legislaciones de distintos ordenamientos sistemas jurídicos.¹⁰⁶ El énfasis en las fuentes formales del derecho, y especialmente en el derecho legislado, lleva al autor a concluir, por ejemplo, que el trasplante jurídico es una característica estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos, que por regla general estos carecen de un nivel significativo de originalidad y autenticidad, y que todas las ramas del derecho, incluso aquellas tradicionalmente consideradas como “indemnes a la influencia externa”, son susceptibles de ser afectadas por otros ordenamientos, tal como ha ocurrido con el derecho de familia.

Este planteamiento responde básicamente a tres factores, independientes pero relacionados entre sí.

Por un lado, responde a la generalizada asociación entre el fenómeno jurídico y el derecho positivo, por lo que los estudios sobre la globalización del derecho tienden a concentrar su atención en el intercambio en el componente formal-normativo del derecho. En otras palabras, por la idea explícita o implícitamente aceptada de que el derecho se agota en el componente normativo, y de que existe una equivalencia entre el derecho como tal y el derecho positivo, los estudios sobre globalización se concentran en el intercambio que se produce en este nivel.

En segundo lugar, las reflexiones en torno a la globalización tienden a partir de la dimensión más visible, palmaria y evidente del fenómeno: el intercambio entre las fuentes formales del derecho de los distintos sistemas jurídicos, y especialmente el intercambio a nivel legal; es por este motivo que gran parte de la literatura jurídica establece una especie de equivalencia entre intercambio legal e intercambio jurídico. Si el

106 Watson, Alan. *Legal transplants. An approach to comparative law*. Georgia, 2ª ed., The University of Georgia Press, 1993.

componente normativo del derecho constituye el elemento “perceptible” y “palpable” de los sistemas jurídicos, lógico resulta estudiar la globalización de este elemento.

Finalmente, estos planteamientos responden a la necesidad de efectuar una conceptualización sobre los datos que ofrece la evidencia empírica, y que demuestran no solo un alto nivel de intercambio jurídico entre las fuentes formales del derecho, sino también su alto impacto en los procesos de producción, interpretación y aplicación del derecho positivo. De allí ha surgido la idea de que el intercambio jurídico se circunscribe y se agota en el componente normativo del derecho.

Existen múltiples ejemplos de conceptualizaciones que entienden la globalización como un fenómeno estricta o predominantemente normativo. Veamos algunos ejemplos concretos en los que se hace visible esta posición “normativista”.

En primer lugar, en el contexto anglosajón, donde se han elaborado las primeras teorizaciones sobre la globalización del derecho, ha existido la tendencia a suponer que se trata de un fenómeno referido a las fuentes formales del derecho, y particularmente al derecho de origen judicial.

Así, la ya mencionada propuesta teórica de Anne-Marie Slaughter, encaminada a demostrar la existencia de un sistema jurídico global, se fundamenta justamente en el análisis de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, y particularmente en las denominadas “citas o referencias cruzadas”. Es decir, la hipótesis sobre la globalización del derecho constitucional se sustenta en el análisis de la jurisprudencia como fuente formal del derecho, asumiendo que el intercambio jurídico se viabiliza y materializa en el componente formal-normativo del derecho.¹⁰⁷ Si bien es cierto que la autora reconoce otras formas de interacción judicial, lo cierto es que la globalización del derecho constitucional se concreta y se materializa primordialmente por medio de la utilización de los precedentes foráneos.¹⁰⁸

107 Slaughter, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. Harvard International Law Journal, n.º 44, 2003; también de la misma autora: *A New World Order*. New Jersey, Princeton University Press, 2004.

108 En efecto, la autora distingue cinco (5) modalidades de interacción judicial: la fertilización constitucional mutua, la construcción de una comunidad global de los derechos humanos, las relaciones entre cortes nacionales y la Corte Europea de justicia, y las reuniones personales entre jueces del mundo. Al respecto véase Slaughter, Anne-Marie. *Judicial Globalization*. Virginia Journal of International Law, n.º 40, 2000.

En un sentido similar, Ronald J. Krotoszynski elabora una distinción conceptual entre lo que se denomina el “diálogo fuerte” y el “diálogo débil” entre jueces de distintos sistemas jurídicos, asumiendo que la primera de estas categorías, justamente por ser “fuerte”, es la más determinante en el proceso de globalización del derecho constitucional; mientras el “diálogo fuerte” se viabiliza por medio de la incorporación de los precedentes extranjeros en las providencias judiciales, el “diálogo débil” se materializa mediante las relaciones informales entre los operadores jurídicos y la academia a la que pertenecen. En otras palabras, este autor asume nuevamente que el proceso de globalización del derecho es fundamentalmente un proceso que concierne al componente formal-normativo del derecho.¹⁰⁹

Por su parte, en el contexto latinoamericano también se ha asumido que el intercambio jurídico es un fenómeno que involucra fundamentalmente a las fuentes formales del derecho. Así, por ejemplo, se encuentra el reciente estudio adelantado en el marco del proyecto de investigación sobre el uso del precedente extranjero por los jueces constitucionales naciones de Taiwan, Corea del Sur, Australia, Israel, Rusia, Alemania, Italia, Serbia, Macedonia, Austria, Suiza, Bélgica, Rumania, Andorra, España, Hungría, Chile, Estados Unidos, México, Brasil, Argentina, Canadá, Namibia, Nueva Zelanda, India, Sur África, Kenya, Botswana, Benín y Colombia. Pues bien, para “medir” y evaluar el impacto del diálogo judicial en la construcción de la jurisprudencia constitucional colombiana, se tomó como parámetro de referencia la citación expresa del precedente extranjero, mediante un análisis cuantitativo de las sentencias de unificación (las denominadas sentencias “SU-”), en el período comprendido entre 1992 y 2008. A este tipo de indagación subyace el supuesto de que el intercambio judicial se materializa y efectiviza a través del componente formal-normativo del derecho, y particularmente por medio de la citación expresa de precedentes extranjeros:

109 Krotoszynski, Ronald J. *I'd like to teach the World to Sing (In Perfect Harmony): International Judicial Dialogue and the Muses, Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue*. Michigan Law Review, vol. 104 n.º 6, mayo de 2006.

Los jueces cada día utilizan más los casos de jurisdicciones externas a las suyas para solucionar los problemas propios de su competencia, en ocasiones por encontrar una similitud en los hechos, en otras similitud en las razones que llevan en el análisis del caso concreto a soluciones semejantes o en otras por encontrar interpretaciones –normas que siendo derivadas de disposiciones legales iguales llenan los vacíos jurídicos o dan las luces para resolver los casos difíciles. [...] en el contexto de difusión del derecho que ha generado la globalización[...] los casos que han resuelto jueces de jurisdicciones nacionales y supranacionales se han convertido en una fuente de consulta obligatoria.¹¹⁰

De este modo, el insumo fundamental y básico para medir y evaluar el nivel y el tipo de intercambio jurídico, son las fuentes formales del derecho, y en este caso, la citación expresa de precedentes extranjeros en la jurisprudencia constitucional.

En el mismo sentido, recientemente se ha comenzado estructurar una propuesta para la creación de un “derecho constitucional común en América Latina”, fundado en los procesos de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional.¹¹¹ Pues bien, esta propuesta asume igualmente que estos dos procesos se materializan por medio del intercambio normativo entre los distintos órdenes constitucionales: una recepción de la jurisprudencia regional e internacional de derechos humanos por la justicia constitucional nacional, el establecimiento de estándares legislativos comunes en áreas relacionadas con los derechos humanos, la conformación de “bloques de constitucionalidad” que hagan viable la recepción del derecho internacional de derechos humanos en los órdenes jurídicos nacionales, etc.:

110 Escobar-Martínez, Lina Marcela. “El uso del precedente extranjero por parte de la Corte Constitucional colombiana”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional, International Law Review* (Bogotá), 13 (noviembre 2008): 391-408.

111 Al respecto sostiene Jorge Carpizo: “La relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible [...] No existe democracia real que no reconozca la importancia de los derechos humanos de fuentes internacional. Por otra parte, el derecho internacional sólo existe por el reconocimiento expreso de los Estados Nacionales. Esta paradoja conduce a un doble e interesante fenómeno: la internacionalización de la justicia constitucional y la constitucionalización de la justicia internacional”. von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Mariela Morales Antoniazzi, coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Prólogo de Jorge Carpizo. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, 2010.

Las continuidades y rupturas en la construcción del Estado constitucional [...] revelan la importancia del análisis del derecho latinoamericano que pueda facilitar el desarrollo de un *ius constitutionale commune* en América Latina [...] Dicha integración es caracterizada por la singularidad de las cláusulas de apertura de las Constituciones (en especial respecto a los tratados internacionales de derechos humanos) y por la creación de derecho por parte de los tribunales nacionales y supranacionales.¹¹²

De este modo, y aunque no se sostiene de manera explícita, este proyecto asume que la conformación de un derecho constitucional común es un asunto que pasa, casi que de manera exclusiva, por las fuentes formales del derecho: tratados internacionales de derechos humanos, textos constitucionales, leyes, providencias judiciales, etc.

Desde otra perspectiva, sin embargo, se sostiene una tesis distinta. Según esta versión, a los procesos de intercambio jurídico evidentes, visibles y verificables entre las fuentes formales del derecho, como ocurre frecuentemente con los fenómenos de importación de legislaciones o con las citaciones de precedentes extranjeros en las providencias judiciales, subyacen procesos de intercambio más sutiles, más silenciosos, menos evidentes, pero quizá mucho más profundos e importantes. Se trata de un intercambio jurídico extranormativo, que no recae directamente sobre el contenido del derecho legislado o judicial como tal, sino sobre la forma en que los operadores jurídicos lo interpretan y aplican. Cuestiones como prácticas y costumbres institucionales, imaginarios jurídicos, concepciones políticas e ideológicas, orientaciones académicas, metodologías de interpretación y argumentación en el derecho, por ejemplo, son también objeto de un amplio y profundo proceso de intercambio jurídico, y en la práctica resultan siendo más determinantes que relaciones entre las fuentes del derecho de los distintos sistemas jurídicos.

Una de las primeras formulaciones en este sentido se encuentra en la ya mencionada distinción de Ronald J. Krotoszynski, entre “diálogo fuerte”

112 Nota preliminar a von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac Gregor y Mariela Morales Antoniazzi. La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina? México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México D.F., 2010.

y “diálogo débil” entre los jueces constitucionales de distintos sistemas jurídicos. Como ya se explicó anteriormente, aquel se refiere a la incorporación de precedentes foráneos en las decisiones judiciales, mientras que este se refiere a la interacción informal entre operadores jurídicos, que no puede ser verificada en los textos jurídicos.¹¹³ Aunque a juicio de este autor el “diálogo fuerte” viene a ser la forma de interacción más importante, allí se visibilizan estas otras formas de interacción entre los componentes extranormativos del derecho.

En el contexto latinoamericano también se han defendido tesis similares. Este es el caso, por ejemplo, de la autora Alejandra Azuero Quijano, cuyas tesis centrales sobre el diálogo judicial trasnacional se enmarcan claramente dentro de este esquema teórico. En efecto, la autora sostiene, en primer lugar, que la forma más importante de intercambio jurídico en el constitucionalismo contemporáneo no se materializa por medio de las fuentes formales del derecho (por ejemplo, mediante los procesos de recepción legislativa), sino a través de relaciones informales entre los operadores jurídicos que no involucran directamente las categorías normativas (Constitución, leyes, actos normativos y administrativos, jurisprudencia, etc.). Se trataría entonces de unas relaciones de tipo extranormativo, que, sin embargo, tienen una gran trascendencia jurídica, incluso mucho mayor que la que tiene el diálogo de las fuentes formales del derecho entre los distintos sistemas jurídicos.

En el caso específico de la producción jurisprudencial en materia constitucional, según la autora el intercambio jurídico no se materializa mediante las tradicionales y clásicas citas jurisprudenciales o “referencias cruzadas”, sino que opera por medio de mecanismos mucho más sutiles y etéreos, pero que finalmente terminan teniendo un impacto mucho mayor en la práctica efectiva de los jueces y en las decisiones por ellos adoptadas. De este modo, el amplio diálogo judicial trasnacional que ha operado en las últimas décadas no debe ser evaluado únicamente a la luz de las clásicas “referencias cruzadas”, en las que un juez cita en su decisión judicial el contenido de una providencia judicial foránea, sino

113 Krotoszynski, Ronald J. “I’d like to teach the World to Sing (In Perfect Harmony): International Judicial Dialogue and the Muses – Reflections on the Perils and the Promise of International Judicial Dialogue”. *Michigan Law Review*, vol. 104 n.º 6, mayo 2006.

mediante otras formas y modalidades de “viaje del conocimiento”: contacto personal entre jueces de distintas latitudes, conformación de redes judiciales globalizadas transnacionales, formación académica de los jueces, participación en cursos, seminarios y encuentros globales, entre muchos otros.

Como corolario necesario de lo anterior, el mero análisis de los textos jurídicos (por ejemplo, el análisis de las sentencias judiciales o de los textos constitucionales y legales) resulta insuficiente para comprender el impacto de la globalización del derecho constitucional. El intercambio jurídico no puede ser rastreado por medio de las fuentes formales del derecho, sino que requiere de otro tipo de indagaciones, relacionadas más con la búsqueda de la experiencia personal de los operadores jurídicos. Volviendo al ejemplo del intercambio judicial, este no debe ser evaluado únicamente a partir de la cita jurisprudencial foránea que se encuentra en las providencias judiciales, sino que se debe indagar por cuestiones como la formación académica de los jueces constitucionales y de sus auxiliares, la orientación ideológica y política de la academia en la que se inscriben los operadores jurídicos individualmente considerados, las redes académicas a las que pertenecen, sus experiencias vitales, etc.

En otras palabras, la globalización del derecho constitucional compromete no solamente a las fuentes formales, sino también, sobre todo, a los componentes estructural y político-cultural del Derecho:

Tradicionalmente, los estudios sobre globalización del derecho constitucional se han concentrado en explorar dicho fenómeno a partir del análisis de textos normativos, académicos y jurisprudenciales. Es decir, se parte de la base de que la globalización del derecho es un fenómeno que pasa necesariamente por la evidencia escrita. En este contexto, ha cobrado especial relevancia el estudio de las referencias cruzadas entre jurisprudencia de distintos tribunales constitucionales [...] Sin embargo [...] pensar que basta con la lectura e interpretación de textos jurídicos para responder a la pregunta sobre cómo viaja el derecho constitucional en un mundo globalizado, implica el desconocimiento de formas sutiles a través de las cuales el conocimiento viaja, que tienen lugar sin que exista evidencia de ello en la jurisprudencia, la doctrina o las constituciones [...] Una de estas formas sutiles de intercambio de conocimiento en materia constitucional, es resultado del diálogo que tienen lugar entre jueces de distintos ordenamientos jurídicos. Aún en aquellos

casos en que la jurisprudencia no da cuenta de la existencia de intercambio judicial entre dos ordenamientos nacionales, éste puede tener lugar como producto del contacto personal entre jueces constitucionales de distintas latitudes.¹¹⁴

Dentro de esta misma línea teórica, autoras como Natalia Ángel han explorado estas formas “alternativas” de intercambio jurídico. Una de ellas, por ejemplo, se refiere a la participación de los jueces constitucionales en foros, talleres y seminarios, actividades que si bien no se materializan directamente en la jurisprudencia, terminan impactando de manera significativa el contenido de las decisiones judiciales, y las prácticas y las dinámicas al interior de las cortes y tribunales constitucionales.

La indagación por estas formas de intercambio judicial en casos específicos permite responder interrogantes sobre la existencia de un verdadero y auténtico proceso de convergencia entre los sistemas constituciones, sobre las relaciones (verticales u horizontales) de poder que se entablan entre estos, y sobre la existencia de procesos de mera recepción o importación, o de diálogo, que no pueden ser respondidas mediante el mero examen del intercambio estrictamente normativo. Es decir, el examen y la exploración de estas manifestaciones informales de intercambio, permite establecer las reales notas y características y dimensionar el alcance del proceso de globalización del derecho constitucional:

Se inicia la investigación a través del estudio [...] del contacto personal de los jueces a través de la participación en foros, seminarios u otros eventos en los que se intercambia conocimiento. Estos espacios de intercambio resultan interesantes, no sólo porque no han sido examinados con anterioridad, sino porque son un punto de partida útil para determinar quiénes son los participantes de dichos diálogos. Si bien existen otras dinámicas que quedan cobijadas bajo el estudio de diálogos judiciales transnacionales, como las citaciones de jurisprudencia extranjera, o referencias cruzadas, tal como las denomina la literatura sobre trasjudicialismo, o la participación en redes electrónicas, empezamos por los foros y seminarios [...] Debe advertirse de antemano que el análisis empírico de esta dinámica se inscribe bajo la idea de que la

114 Azuero Quijano, Alejandra. Redes de diálogo judicial trasnacional: una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional. *Revista de Derecho Público* (Bogotá) 22, Universidad de los Andes, (febrero 2009).

globalización del derecho constitucional no opera a través de procesos de imposición abierta y directa, sino de medios más sutiles, no tan evidentes [...] mediante los que opera la globalización del derecho constitucional.¹¹⁵

Pues bien, en la presente investigación se pretende responder a estos dos cuestionamientos teniendo como referente el constitucionalismo ecuatoriano. ¿Qué componentes del derecho han participado del fenómeno de la globalización? ¿Qué tipos de relaciones se han establecido entre las fuentes del derecho con otros sistemas jurídicos?

Son estas interrogantes las que se abordarán a continuación.

2. Los componentes del derecho en el marco de la globalización del constitucionalismo ecuatoriano

La investigación efectuada en relación con el constitucionalismo ecuatoriano ofrece algunos elementos de juicio para responder el interrogante planteado.

En primer lugar, la distinción entre los componentes formal-normativo, estructural y político-cultural del derecho es más una distinción de naturaleza conceptual y teórico, cuyo objeto es indicar o hacer visibles las distintas “facetas” del fenómeno jurídico, pero en ningún caso afirmar la existencia de realidades separadas y autónomas. Es decir, los componentes formal-normativo, estructural y político-cultural se encuentran integrados y relacionados en una misma y única realidad. Como corolario de lo anterior, el proceso de globalización del derecho constitucional necesariamente involucra estas tres dimensiones, sin que sea posible reducir el intercambio jurídico a una de ellas. En otras palabras, es la integración de esto tres componentes la que permite comprender el referido fenómeno de la globalización del derecho.

En este sentido, nos apartamos de la tesis que entiende el intercambio jurídico en términos estrictamente normativos, circunscribiendo el análisis de manera exclusiva al derecho positivo. Una visión de este corte deja de explicar muchos fenómenos que ocurren en la práctica jurídica. Por

115 Angel, Natalia. “La participación del juez constitucional colombiano en los llamados ‘diálogos judiciales transnacionales’”. Informe de investigación de la GTZ “Derecho Global”. Julio 2010. No publicado.

ejemplo, una visión de este tipo es incapaz de explicar por qué y de qué modo una misma norma constitucional puede ser interpretada y aplicada de modo distinto por operadores jurídicos diferentes.

Pero, de igual modo, me aparto de la tesis que entiende que la principal forma de intercambio jurídico en el derecho constitucional se presenta en las dimensiones estructural y política-cultural, y que al ser independientes y autónomas de la dimensión normativa, no son “rastreables” en los textos jurídicos.¹¹⁶ Considero, por el contrario, que en la medida en que las facetas del derecho se encuentran integradas en una única realidad, la interacción en los componentes estructural y político-cultural se materializa en el componente normativo, y a la inversa, los intercambios jurídicos en el componente normativo inciden en mayor o menor medida en las otras dimensiones del derecho. Así, por ejemplo, el intenso contacto que un juez constitucional haya podido tener con una determinada red académica, normalmente tiene manifestaciones concretas y específicas en los proyectos de sentencias que se encuentran a su cargo, de modo que los textos jurídicos pueden dar cuenta de estos intercambios de corte ideológico y cultural; en el mismo sentido, la adopción de un cierto marco constitucional puede servir para la transformación en las prácticas y dinámicas institucionales en la justifica constitucional; incluso, sutiles cambios de estirpe terminológica en los textos jurídicos pueden revelar profundos cambios ideológicos, tal como ha ocurrido con el paso de la utilización de la expresión “derechos *consagrados* en la Constitución” a la expresión “derechos *reconocidos* en el Constitución”, y que pone en evidencia una afinidad con concepciones de corte iusnaturalista.

En síntesis, las tres dimensiones del fenómeno jurídico se encuentran involucradas en el proceso de globalización del derecho constitucional, y al ser todas ellas relacionadas entre sí, usualmente el intercambio en uno de estos componentes tiene incidencia en los demás componentes.

Esta comprensión del fenómeno de la globalización se hace evidente en el constitucionalismo ecuatoriano.

116 Esta parece ser la tesis defendida por Alejandra Azuero cuando sostiene que la globalización del derecho judicial constitucional se materializa por medio de intercambios informales entre jueces, y particularmente mediante la inscripción de los jueces constitucionales con grupos académicos determinados de otras latitudes, sin que dicho intercambio pueda ser verificado en los textos jurídicos. Al respecto, véase Alejandra Azuero Quijano, *op. cit.*

Lo primero que debe evidenciarse es la continuidad entre los foros a los que han asistido y los que han sido efectuados por los asesores y jueces de la Corte Constitucional, que implican una interacción “informal” y no normativa con otros sistemas jurídicos, y la producción normativa y jurisprudencial en el Ecuador. Existe entonces una especie de correspondencia entre este intercambio entre el componente estructural y político-cultural del derecho.

Esta continuidad se hace evidente al contrastar las temáticas y la orientación de estos foros, con el tipo de discurso que se maneja en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. El anexo 1 indica las temáticas de los congresos y seminarios a los que los operadores constitucionales han asistido en calidad de oyentes. Temas como la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, la interpretación y la argumentación constitucional, los tipos de sentencias constitucionales, las garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales, el contenido y el alcance de los derechos humanos, los nuevos paradigmas en el constitucionalismo contemporáneo o el rol de los principios en la justicia constitucional, han sido las temáticas preferidas de estos encuentros. En el mismo sentido, las temáticas abordadas en las actividades organizadas por la propia Corte (como las “Jornadas Constitucionales” o los congresos internacionales), revelan unos intereses similares: el nuevo constitucionalismo, el valor normativo de los principios y derechos constitucionales, el nuevo sistema de fuentes del derecho, los mecanismos jurisdiccionales de garantía de los derechos, el exigibilidad de los derechos sociales, entre otros, son los temas que han sido objeto de estos foros.

Pues bien, estas “preocupaciones” que han sido objeto de este intercambio informal en los foros académicos, han tenido su contrapartida o prolongación en la jurisprudencia constitucional. Tal como se pone en evidencia en el anexo 10, los fallos de la Corte Constitucional proyectan estas mismas temáticas. Existe casi que una correspondencia casi que perfecta entre la orientación de estos foros y la jurisprudencia constitucional.

Existiendo esta correspondencia entre los componentes extranormativos y el componente normativo del Derecho, no solo las bondades sino también los defectos y vicios del uno, se materializan en el otro. Por ejemplo, el que los foros aborden temáticas excesivamente generales como “el nuevo paradigma constitucional”, “el neoconstitucionalismo”, “las teorías

de la argumentación”, “el nuevo sistema de fuentes del derecho” o “la importancia de los principios constitucionales”, sin que estas temáticas se materialicen o concreten, ha hecho que la jurisprudencia constitucional aborde los problemas jurídicos con este mismo nivel de generalidad.

De ese modo, por ejemplo, las sentencias de la Corte se refieren con mucha insistencia al nuevo paradigma constitucional en el que las decisiones judiciales se orientan y se justifican en la medida en que tiendan a la garantía de los derechos humanos, a la debida articulación entre el derecho nacional y los sistemas mundial y regional de derechos humanos, a los nuevos métodos de interpretación constitucional y al papel del juez dentro del nuevo derecho y a las implicaciones de este fenómeno en el sistema de fuentes del derecho. Sin embargo, estas teorizaciones genéricas no se han logrado materializar mediante técnicas específicas que la hagan posible; por ejemplo, aunque se habla con mucha insistencia del valor reforzado de la jurisprudencia dentro del sistema jurídico y a la obligatoriedad del valor del precedente judicial, este discurso no se ha traducido en la utilización de las técnicas para el manejo del precedente judicial; al respecto, no se encuentra en los fallos de la Corte ecuatoriana análisis dinámicos del precedente judicial: no se formulan problemas jurídicos específicos con respecto a los cuales se identifiquen los fallos que lo han resuelto explícita o implícitamente; tampoco se utilizan las técnicas para el alejamiento del precedente judicial: disanalogías, distinción entre el *holding* y el *dicta* de los fallos, o el cambio de jurisprudencia justificado mediante el cumplimiento de las cargas de argumentación y transparencia. Y tal como expliqué anteriormente, las “nuevas” técnicas interpretativas y argumentativas han sido incomprendidas, como ha ocurrido con el test de proporcionalidad y con la ponderación.

Probablemente, si los foros en los que se abordan estas grandes temáticas generales fuesen complementados con talleres encaminados a dotar a los operadores de los conocimientos y destrezas para manejar estas técnicas específicas, la producción jurisprudencial sería bien distinta.

En cualquier caso, lo que sí es evidente es que el intercambio jurídico operado en el Ecuador se ha efectuado no solo mediante las fuentes formales del derecho sino por medio de interconexiones informales de los operadores jurídicos, que posteriormente son trasladadas al derecho positivo. Esto equivale a afirmar que la globalización del derecho constitucional comprende no solo el componente normativo del derecho, sino también el componente estructural y el componente político-cultural.

3. Las fuentes formales involucradas en el proceso de globalización del derecho constitucional

Hasta el momento se ha dicho que el proceso de globalización del derecho constitucional involucra tanto al componente formal-normativo como a los componentes extranormativos del fenómeno jurídico, y que debido a la interacción, interdependencia y relación que existe entre estas dimensiones, todos ellos son determinantes y relevantes en este proceso de intercambio. Es posible, por ejemplo, que una reforma legal en un sistema jurídico inspirada en otro ordenamiento jurídico nacional o transnacional sea el resultado o la simple formalización de un intercambio jurídico de tipo cultural o político; en el mismo sentido, es posible que una citación de jurisprudencia extranjera sea la formalización de profundos procesos de intercambio doctrinal entre dos sistemas jurídicos; y a la inversa, también es posible que la interacción a través de los textos jurídicos sea el camino para procesos de intercambio en otros niveles: doctrinal, ideológico, etc.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se explorará una modalidad específica de interconexión normativa: aquella que se presenta entre distintas fuentes del derecho. Esto, en la medida en que normalmente se asume que los intercambios operan al interior de una fuente del derecho, como entre legislaciones de distintos países, o por medio de citaciones de jurisprudencia foránea. Sin embargo, el intercambio jurídico formal-normativo tiene también otras formas creativas y audaces de operar y materializarse. Además de existir una fluida y permanente interacción al interior de una misma fuente formal del derecho, también existen procesos de intercambio entre las diferentes categorías normativas. Por este motivo se habla de relaciones “intercategoriales”.

Este tipo de dinámicas pueden configurarse, por ejemplo, cuando se establece un diálogo entre la doctrina y la jurisprudencia, como cuando en los patrones decisionales de las providencias judiciales se adoptan estándares interpretativos y argumentativos definidos por la doctrina, y a la inversa, cuando la producción doctrinal se elabora a partir de las definiciones jurisprudenciales. También puede configurarse, por ejemplo, cuando se establece un intercambio entre la legislación y la jurisprudencia, como cuando una determinada ley o acto normativo decide incorporar ciertos precedentes judiciales.

¿Qué explica este tipo de interacción? En párrafos anteriores se indicó que las denominadas “relaciones intracategoriales” son relativamente frecuentes, en la medida en que en este caso las fuentes formales del derecho involucradas participan de unos mismos rasgos, naturaleza y efectos jurídicos, lo que facilita la interacción normativa. Pues bien, precisamente las diferencias sustanciales que existen entre categorías normativas, en ocasiones permiten entablar una relación útil y productiva entre estas.

Puede ocurrir, por ejemplo, que debido a la fluidez y flexibilidad de la doctrina resulte de gran utilidad incorporar ciertas definiciones doctrinales en textos legales, con el objeto de “obligar” a los operadores jurídicos a tener en cuenta los avances que se han efectuado en determinada materia. En el mismo sentido, puede ocurrir que la incorporación de las pautas jurisprudenciales de cierto organismo en textos legales resulte útil para impulsar una renovación teórica o conceptual. Incluso, la producción doctrinal también puede estar determinada, en mayor o menor medida, por el contenido de las demás categorías normativas, teniendo en cuenta que en muchos casos la doctrina lo que hace es sistematizar, explicar y someter a juicio crítico el derecho positivo vigente, de modo que la “materia prima” de la doctrina está constituida justamente por las demás fuentes formales del derecho.

El constitucionalismo ecuatoriano es un buen ejemplo de este tipo de interconexión. Este es el caso de la recepción legislativa de los estándares jurisprudenciales, como el que se encuentra en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) del Ecuador, que en alguna medida es el resultado de una recepción de los estándares jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana.¹¹⁷

Esto ha ocurrido, por ejemplo, con los estándares para el control de los mecanismos de participación popular directa, a los que me referí en capítulos anteriores (ver Capítulo 1). Lo que ocurrió aquí fue la incorporación a nivel legislativo, de reglas que en Colombia tienen naturaleza y rango jurisprudencial. Un fenómeno análogo ocurrió con los parámetros

117 Escobar García, Claudia. “Entre identidad e intercambio jurídico: el nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador”. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*. Coords. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, pp. 467-500.

para el control constitucional de los estados de excepción, que fueron tomados directamente de la jurisprudencia colombiana (ver capítulo 1). Finalmente, se encuentra la regulación de las omisiones normativas inconstitucionales en la LOGJCC: la distinción entre omisiones absolutas y relativas, y las competencias otorgadas a la Corte para subsanar directamente estas últimas, y para exhortar a los órganos de producción normativa en las primeras, fue tomada del derecho jurisprudencial colombiano.

4. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada

El análisis anterior demuestra claramente la variedad y complejidad de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos.

Por un lado, es evidente que junto a las formas paradigmáticas de intercambio en las que la teoría jurídica ha hecho énfasis, existen otras más sutiles pero más profundas y con mayor impacto en el funcionamiento del derecho. Una importante forma de interconexión se presenta justamente mediante los intercambios informales entre operadores jurídicos: la pertenencia a ciertas escuelas jurídicas, los encuentros de jueces, la conformación de redes académicas, las publicaciones virtuales de acceso público gratuito, entre otras, hacen parte de este importante fenómeno. Estas formas de intercambio inciden directamente en la comprensión que los operadores jurídicos tienen del derecho y en la forma en que lo producen, interpretan y aplican.

Dentro de las múltiples modalidades que asume esta forma de intercambio, en la presente investigación se profundizó en una de ellas: los foros globales y regionales de intercambio constitucional. El análisis de estos foros permite identificar los rasgos fundamentales del proceso de globalización. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, ha sido claro el interés de este por edificar la producción legislativa y jurisprudencial a partir del contacto con estos otros sistemas jurídicos. Y lo que es más importante, esta modalidad informal de intercambio se ha proyectado directamente en el derecho positivo.

Con respecto a los intercambios en el componente normativo del derecho, también existe una variada y multiforme red de intercambios.

Por un lado, se presentan nexos al interior de una misma fuente del derecho. Casos típicos de esta forma de intercambio son las relaciones

entre la legislación de distintos países y la citación de jurisprudencia extranjera en los fallos judiciales. Este fenómeno ocurrido en el Ecuador en leyes como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) no ha sido exclusivo en este país.

Por tan solo poner un ejemplo, este tipo de intercambio se ha dado mediante el denominado “bloque de constitucionalidad”, por medio del cual opera una recepción legislativa del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los sistemas constitucionales nacionales. Mediante estas cláusulas los propios textos constitucionales incorporan al derecho interno y confieren valor y jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos. Se trata entonces de normas que tienen naturaleza, carácter, rango y efectos constitucionales, a pesar de no estar incorporadas en el propio texto constitucional. Usualmente, por medio de este dispositivo se establece una interacción entre sistemas constitucionales estatales y el derecho internacional o el derecho constitucional supranacional.

Las modalidades de este “bloque de constitucionalidad” son variadas. Una primera categoría incorpora un catálogo cerrado y determinado de instrumentos internacionales de derechos humanos, confiriéndoles estatus y jerarquía constitucional. Así ocurre con la Constitución argentina a partir de la reforma de 1994, que incorpora diez (10) tratados internacionales de derechos humanos al derecho interno, y que según el numeral 22 del artículo 75 de la Constitución “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos”. Una segunda categoría remite a un catálogo cerrado de instrumentos normativos, pero sin que su determinación se efectuó en el propio texto constitucional, sino que queda en manos de los operadores jurídicos constitucionales. Este es el caso, por ejemplo, de las constituciones española y francesa. Finalmente, existen remisiones abiertas a cierto tipo o clase de instrumentos internacionales, sin que exista una individualización de los mismos. Por ejemplo, este es el caso de las constituciones ecuatorianas de 1998 y de 2008, en las que el texto constitucional se integra y articula con las categorías genéricas de “instrumentos internacionales de derechos humanos” o de “tratados internacionales de derechos humanos”.

El impacto de este dispositivo ha sido muy significativo en los sistemas constitucionales.

En primer lugar, debe destacarse que la incorporación de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos a los ordenamientos internos, no solo tiene impacto en los procesos constitucionales como tal (por ejemplo, en las acciones de amparo/tutela/protección o en los procesos de inconstitucionalidad abstracta), sino en todas aquellas materias que tengan relevancia constitucional; así por ejemplo, en materia laboral o en materia penal, dichos estándares tienen relevancia en el entendimiento del derecho de defensa, de la presunción de inocencia, del fuero penal militar, de la igualdad salarial, entre muchos otros.

En segundo lugar, mediante este dispositivo se superan las dificultades propias y naturales de los textos constitucionales, permitiendo su adaptación a los cambios históricos, y su flexibilización frente a posibles restricciones que pudiere contener. De este modo, es muy frecuente que los textos constitucionales no contengan un catálogo completo y exhaustivo de los derechos humanos, o que no se encuentre la definición de su contenido esencial. Pues bien, esta limitación del texto constitucional es fácilmente superable por medio de la institución del bloque de constitucionalidad, que permite apelar y conferir fuerza y valor normativo a otros instrumentos que sí contienen este tipo de definiciones. Así mismo, con el paso del tiempo los textos constitucionales sufren un proceso de desactualización, que puede ser superado mediante la utilización de estos otros instrumentos del derecho internacional.

Y aunque este dispositivo implica también algunos riesgos derivados de la indeterminación o del contenido de los instrumentos que hacen parte del bloque,¹¹⁸ lo cierto es que al menos en el contexto latinoamericano ha

118 El autor Rodrigo Uprimny da cuenta de las potencialidades y riesgos de la institución del bloque de constitucionalidad. Refiriéndose a estos últimos sostiene que dicha institución tiene ciertos costos en materia de seguridad jurídica, principio democrático y arbitrariedad judicial, “pues para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo. Por ejemplo, un juez podría, basándose en la cláusula abierta sobre derechos innominados, invocar un derecho que no se encuentre en el texto constitucional, pero que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas, y con base en ese valor anular regulaciones que para la gran mayoría de la sociedad no son sólo legítimas sino muy importantes”. El autor reseña algunas experiencias específicas en las que la utilización de este dispositivo tuvo efectos restrictivos en el reconocimiento y protección de los derechos humanos; así ocurrió con las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX, que impidieron la intervención en materia social por una supuesta violación de la libertad contractual. Se trata entonces de una institución con grandes potencialidades que deben ser aprovechadas, pero también con algunos riesgos que deben ser tenidos en cuenta. Al respecto, véase Uprimny Yepes, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*.

servido para que se haya entablado un proceso de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los órdenes constitucionales estatales.

Otra forma de intercambio de este tipo se encuentra en la “estandarización” de textos normativos, particularmente en lo que respecta a la determinación del contenido de los derechos constitucionales (derechos humanos) y a sus garantías jurisdiccionales (como por ejemplo, en la fisonomía de las acciones constitucionales de amparo/protección/tutela o en los procesos de inconstitucionalidad abstracta).

Así por ejemplo, el reconocimiento de los derechos innominados se encuentra en varios textos constitucionales. El artículo 33 de la Constitución argentina dispone que “las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados”. El artículo 3 de la Constitución peruana establece que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”. El artículo 35 de la reciente Constitución boliviana, en el mismo sentido dispone que “las declaraciones, derechos y garantías que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. El artículo 94 de la Constitución colombiana de 1991 dispone que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. El artículo 5 de la Constitución chilena dispone que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Finalmente, el artículo 11, numeral 7 de la Constitución ecuatoriana de 2008 establece que “el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

De igual modo, existe una cierta semejanza entre los principios que rigen la interpretación y aplicación de los derechos constitucionales. Tal es el caso de la coincidencia entre los artículos 11, numeral 6 y 13, literal I de las constituciones ecuatoriana y boliviana, respectivamente. Así, el artículo de aquella dispone que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”; por su parte, el artículo 13, literal I dispone 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”.

En el mismo sentido, las modernas constituciones latinoamericanas contienen un relativamente amplio catálogo de derechos, que van desde los clásicos derechos civiles y políticos hasta los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y del ambiente. Por ejemplo, los artículos 19 a 23 de la Constitución chilena reconocen los derechos a la vida (19, numeral 1), igualdad (19, numeral 2), defensa (19, numeral 3), debido proceso (19, numeral 3), legalidad de las penas (19, numeral 3), intimidad (19, numeral 4), honra (19, numeral 4), libertad de conciencia y de religión (19, numeral 6), libertad personal (19, numeral 7), libertad de circulación (19, numeral 7), el derecho a una media ambiente sano (art. 19, numeral 8), salud (art. 19, numeral 9), educación (19, numeral 10), libertad de enseñanza (art. 19, numeral 11), libertad de opinión (art. 19, numeral 12), reunión (art. 19, numeral 13), derecho de petición (art. 19, numeral 14), asociación (art. 19, numeral 15), trabajo (art. 19, numeral 16), seguridad social (art. 19, numeral 17), propiedad (art. 19, numeral 24), entre otros.

Por su parte, la Constitución colombiana de 1991 clasifica los derechos en tres (3) categorías: los denominados “derechos fundamentales”, que coinciden con los clásicos derechos civiles y políticos, los “derechos económicos sociales y culturales”, y los “derechos colectivos y del ambiente”. Dentro de esta primera categoría se encuentran, por ejemplo, el derecho a la vida (art. 11), la prohibición de desaparición forzada y de torturas y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 12), el principio de igualdad (art. 13), el derecho a la intimidad (art. 15), libre desarrollo

de la personalidad (art. 16), libertad de conciencia (art. 18), libertad de cultos (art. 19), libertad de pensamiento y opinión (art. 20), derecho a la honra (art. 21), derecho de petición (art. 23), libertad de circulación (art. 24), derecho al trabajo (art. 25), libertad de profesión u oficio (art. 26), debido proceso (art. 29), entre otros. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución reconoce, entre otros, los derechos de grupos especialmente vulnerables como los niños y adolescentes, mujeres, discapacitados y adultos mayores (arts. 43-47), derecho a la seguridad social (art. 48), derecho a la vivienda (art. 51), derecho al deporte y la recreación (art. 52), derecho de huelga (art. 56), propiedad privada (art. 58), alimentación (art. 65) y educación (art. 67). Finalmente, dentro de los denominados “derechos colectivos y del ambiente” se encuentran los derechos de los consumidores (art. 78), el derecho a un ambiente sano (art. 79) y la integridad del espacio público (art. 82).

La Constitución boliviana clasifica los derechos constitucionales en las siguientes categorías: derechos fundamentales (como el derecho a la vida y la integridad, la prohibición de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, agua y alimentación, educación, salud, hábitat y vivienda, acceso a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas, postal y telecomunicaciones), derechos civiles y políticos (como la intimidad, la honra, libertad de conciencia y pensamiento, libertad de reunión y asociación, voto), derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, derechos sociales y económicos (como el derecho a un medioambiente sano, salud y seguridad social, trabajo y empleo, propiedad, derechos de la niñez, adolescencia y juventud, derechos de las familias, de los adultos mayores, derechos de las personas con discapacidad, derechos de las personas privadas de la libertad y derechos de los usuarios y consumidores.

Finalmente, la Constitución ecuatoriana de 2008 consagra una novedosa clasificación de los derechos, pero que en últimas coincide con los derechos reconocidos por las demás constituciones latinoamericanas. Así, se encuentran los denominados “derechos del buen vivir”, cuyo contenido coincide (al menos parcialmente) con los derechos económicos, sociales y culturales (como el derecho al agua y la alimentación, la cultura y la ciencia, la educación, el hábitat y la vivienda, la salud, el trabajo,

la seguridad social), los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (como los derechos de los adultos mayores, jóvenes, migrantes, niños, discapacitados, privados de la libertad y usuarios y consumidores), los derechos de las comunidades, pueblos y nacionales, los derechos de participación, los derechos de libertad (como la vida, integridad personal, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, libertad de circulación y el derecho de petición), los derechos de la naturaleza y los derechos de protección (como los derechos de acceso a la justicia, presunción de inocencia, debido proceso, defensa, legalidad de las infracciones y las penas).

De este modo, existe una cierta tendencia a incorporar en los textos constitucionales una cierta tipología de cláusulas de aceptación generalizada.

Pero junto a esta forma de intercambio jurídico, existe otra menos explorada: la que opera entre distintas fuentes del derecho. El constitucionalismo ecuatoriano es también un buen ejemplo de esta forma de interconexión. La LOGJCC, que incorpora estándares legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, muestra que el nexo entre sistemas jurídicos puede asumir múltiples modalidades, y que mediante ellas es posible viabilizar y potenciar el proceso de la globalización del derecho constitucional.

Capítulo 3

Los procesos de diálogo
y de recepción
en el constitucionalismo
ecuatoriano

1. Introducción

El tercer interrogante planteado en esta investigación se refiere a las dinámicas a partir de las cuales se materializa la globalización: ¿La aproximación entre los sistemas jurídicos es el resultado de dinámicas unilaterales de mero trasplante, en las que algunos de ellos se encargan de fijar la estructura, el contenido básico y el funcionamiento del derecho positivo, y otros se limitan a reproducirlo, o por el contrario, es el resultado de la creación de una verdadera y auténtica comunidad jurídica global, en la que mediante dinámicas dialógicas y participativas abiertas, racionales, libres y espontáneas, se genera el consenso y el acuerdo? En otras palabras, ¿se trata de procesos tipo de horizontal, en los que existe un auténtico proceso de diálogo, intercambio y retroalimentación libre y espontánea entre los distintos órdenes normativos que se encuentran en relación de igualdad, o se trata más bien de procesos verticales, en los que existen “centros de producción jurídica” que se imponen (de manera abierta o de manera sutil y velada) a los centros de recepción jurídica”, por medio de procesos unilaterales y unidireccionales?

La teoría jurídica ha dado tres respuestas.

Las primeras teorizaciones en torno al fenómeno de la globalización del derecho tienden a explicar la interacción como procesos unilaterales en los que algunos sistemas jurídicos “importan” y “trasplantan” la legislación y la jurisprudencia foránea. No se trata entonces de de una mutua

interrelación, sino de meras duplicaciones que responden a estructuras de poder que subyacen a los sistemas jurídicos.

Dentro de esta primera vertiente se encuentra la formulación del ya mencionado Alan Watson, para quien el contenido y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos resultan de la sumatoria de “trasplantes legales”, que implican la duplicación de la normatividad foránea en un sistema jurídico particular.

¿Cómo se caracterizan estos procesos?

En primer lugar, debe destacarse que la dinámica del trasplante legal no solo es una constante en la historia jurídica contemporánea, sino que además constituye la principal fuente de creación del derecho. En otras palabras, el “motor” del derecho radica justamente en este proceso de “creación-recepción”.

En segundo lugar, esta dinámica implica la existencia de dos tipos de órdenes jurídicos: por un lado, los denominados “centros de producción”, que se encargan de definir los lineamientos básicos del sistema jurídico y de “exportarlos”. Por otro lado, los denominados “centros de recepción”, que de manera pasiva acogen la producción normativa fijada por aquellos.

En tercer lugar, aun cuando originalmente se pretende la mera reproducción de los textos jurídicos foráneos, en la práctica se presentan importantes transformaciones en este proceso de recepción. Debido a factores de tipo idiomático y lingüístico, cultural, ideológico, político, social y económico, suelen presentarse transformaciones y cambios en los textos jurídicos trasplantados, que van desde las distorsiones de sentido, hasta inteligentes y audaces adaptaciones.

En cuarto lugar, aun cuando normalmente estos procesos aparentan ser voluntarios, pues la recepción se emprende sin la mediación de la fuerza, la amenaza o la coerción por parte de los centros de producción, con mucha frecuencia mediante estructuras verticales de poder que no suelen ser visibilizadas. Factores como la autoridad, la moda y el prestigio de los centros de producción jurídica o la dependencia económica de los centros de recepción respecto de aquellos, suelen ser determinantes en esta dinámica.

Una perspectiva parcialmente semejante se encuentra en el ya mencionado autor Marcelo Neves, para quien de hecho el intercambio entre los distintos órdenes jurídicos se ha materializado por medio de procesos

impositivos, sin que se encuentren presentes las notas del diálogo libre entre pares. Así, los ordenamientos constitucionales estatales se han impuesto frente a los sistemas constitucionales locales, como ha ocurrido cuando el particular entendimiento de aquellos en el sentido y alcance de los derechos humanos ha pasado por alto el entendimiento de los derechos humanos de las comunidades indígenas; con la misma lógica, el sistema mundial de derechos humanos y los sistemas regionales de derechos humanos (como el sistema europeo, el interamericano y el africano) tienden a imponerse a los órdenes jurídicos estatales. La ya mencionada obra *Transconstitucionalismo* contiene un impresionante catálogo de casos actuales que responden a esta lógica.

Una segunda aproximación al fenómeno sugiere que la globalización ha implicado una ruptura fundamental en el funcionamiento del derecho, al gestarse una auténtica comunidad global en los que todos los sistemas jurídicos, incluidos los de la periferia, tienen igual participación y reconocimiento. Así las cosas, el contenido y el funcionamiento de los sistemas jurídicos se explican por la existencia de un profundo e intenso intercambio jurídico entre los ordenamientos de esta comunidad global.

Lo primero que interesa destacar de esta concepción es que se plantea la existencia de un nuevo orden global en el que el Estado deja de ser el único y exclusivo protagonista del derecho positivo. Si bien este no desaparece, en todo caso dejar de ser el único actor relevante dentro de este nuevo orden. Lo que existe entonces es una compleja red de actores (redes sociales, agencias gubernamentales, multinacionales, etc.), que se relacionan de manera más o menos compleja, y que conforman esta nueva “comunidad global”.

En este nuevo contexto, las relaciones entre los sistemas jurídicos dentro de esta comunidad global no pueden ser entendidas como meros y simples procesos de trasplante, en los que el intercambio se limita a la emisión de conocimiento por Europa y Estados Unidos, y a su recepción por América Latina, Asia y África.

En efecto, se trata ahora de procesos “dialógicos” y “conversatorios”, en los que por principio existe una retroalimentación mutua y recíproca. No se trata entonces de procesos unidireccionales de producción y recepción, sino de la construcción conjunta del sistema jurídico por los distintos actores que en él intervienen. Esto implica, además, que los “actores”

se encuentran en “pie de igualdad” en esta comunidad global; no se trata de estructuras jerárquicas y verticales entre los órdenes jurídicos, sino de relaciones horizontales en esta nueva comunidad global.

Autores como Melissa Waters, Anne-Marie Slaughter y L’Hereuz-Dubé Claire son partidarias de este nuevo modelo, precisamente esta última afirma que “la ruptura más importante con el pasado es que el proceso de influencias internacionales ha cambiado de la recepción al diálogo. Los jueces ya no solamente reciben los casos de otras jurisdiccionales y los aplican o los modifican en sus propias jurisdicciones”.¹¹⁹

En el mismo sentido, Anne-Marie Slaughter sostiene la existencia de una comunidad jurídica global en la que todos sus actores participan activamente y en pie de igualdad, mediante procesos abiertos, libres y espontáneos de diálogo creativo. Comunidad jurídica global, en la medida en que han desaparecido las antiguas fronteras idiomáticas, culturales, políticas y económicas, dando lugar a una serie de redes de conocimiento a partir de las cuales se crea y aplica el derecho; procesos abiertos, en la medida en que en esta comunidad los distintos actores tienen la posibilidad de participar e interactuar, independientemente de factores como la nacionalidad, la orientación ideológica, el nivel de desarrollo del país al que se pertenece o cualquier otra de esta índole. Procesos dialógicos, en la medida en que no se trata de procesos unilaterales de imposición sino de intercambio y mutuo enriquecimiento. Procesos libres y espontáneos, en la medida en que no están mediados por la imposición de la fuerza debida a relaciones jerárquicas de poder. Justamente, una de las manifestaciones de esta nueva comunidad global es la proliferación de redes de jueces, que de manera voluntaria, libre y espontánea, y sin responder a una jerarquía centralizada, intercambian experiencias y conocimiento por medio de procesos de diálogo: citaciones de una corte a otra en las sentencias, realización de eventos académicos, encuentros de jueces y otros operadores jurídicos, entre muchos otros, hacen parte de este fenómeno.

Melissa Waters sostiene que tanto la creación del derecho internacional de los derechos humanos, como su acatamiento por parte de los Estados ha sido posible, no por su coercibilidad natural (pues en estricto

119 L’Hereuz-Dubé Claire. *The importance of dialogue: globalization and the international impact of The Rehnquist Court*. Tulsa Law Journal, 1998, n.º 15, p. 17.

sentido carece totalmente de ella), sino gracias a estos procesos dialógicos en los que los distintos actores participan activa, libre y espontáneamente en la creación, interpretación y aplicación del derecho.¹²⁰

En el contexto latinoamericano, la autora Alejandra Azuero parece adherir a este modelo. Según ella, la creación de redes transnacionales de diálogo judicial constituye la “clave explicativa” para comprender el funcionamiento de las cortes y tribunales de nuestro tiempo; estas redes, que funcionan a partir del diálogo y la conversación, a partir de la construcción conjunta del conocimiento y a partir de estructuras horizontales, explican las dinámicas en torno al derecho constitucional contemporáneo. Refiriéndose al caso colombiano, la autora plantea la existencia de diversas redes de diálogo judicial transnacional al interior de su Corte Constitucional. Así, por ejemplo, constata la existencia de una red que vincula la academia colombiana con la mexicana, y a estas dos con la Universidad de Yale, a través de SELA (red de constitucionalistas latinoamericanos exalumnos de la facultad de derecho de la Universidad de Yale).¹²¹ En el mismo sentido, la autora muestra la existencia de una red de mujeres juezas, y la vinculación a esta por parte de una de las dos (2) únicas juezas constitucionales colombianas: la exmagistrada Clara Inés Vargas Hernández, quien a pesar de que anteriormente nunca estuvo vinculada al movimiento feminista, fue “cooptada” por uno de estos con el objeto de que “absorbiera” e imprimiera la perspectiva de género en las decisiones de la Corte.¹²² La autora visibiliza la denominada “red ibero-colombiana”, en la que por medio de los vínculos del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto con la academia española, se conforma una red que involucra directamente a la academia y la universidad española, con los operadores jurídicos colombianos; hechos como la afinidad de la Universidad Externado de Colombia (a la que pertenece Sierra Porto) con la tradición jurídica europea continental, los estudios adelantados por el magistrado en dicho país, y la conformación de su despacho

120 Waters, Melissa. *Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law*. Georgetown Law Journal, 2005, v. 93; también de la misma autora: *Treaty Dialogue in Sanchez – Llamas: Is Chief Justice Roberts a Transnational, after all?*. Lewis Et Law Review, 2007, VI, 11.

121 Azuero Quijano, Alejandra. “Redes de diálogo judicial transnacional: una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional”. *Revista de Derecho Público* (Bogotá) 22, Universidad de los Andes (febrero 2009): 25.

122 *Ibid.*, p. 28.

(integrado por externadistas formados en España y Alemania), han permitido la conformación de esta amplia red.

Por último, se encuentra una tercera postura. Según esta versión del problema, la lógica del proceso de la globalización debe tener en cuenta la estructura de poder subyacente entre quienes emprenden el intercambio jurídico. No es correcto establecer un único modelo de interacción en los sistemas jurídicos contemporáneos, sino que deben identificarse los actores involucrados, y el tipo relación (vertical u horizontal) que existe entre ellos. Así las cosas, la descripción y explicación del fenómeno de globalización del derecho constitucional no puede pasar por alto ni prescindir del escenario específico en el que se inscribe, de los actores que lo protagonizan, y del contexto económico, político, social y cultural en el que se produce.

En este marco, entonces, pueden identificarse dos escenarios fundamentales: por un lado, el escenario “Norte-Sur”, en el que los ordenamientos constitucionales del Norte se imponen, en términos generales, frente a los ordenamientos del Sur. En este escenario las relaciones entre los sistemas jurídicos respondería al esquema de los denominados “trasplantes legales”: existen unos “centros de producción jurídica”, que debido a factores de tipo de económico, político, social y cultural, logran “reproducirse” en los “centros de recepción”, vale decir, en los ordenamientos jurídicos del Sur.

De acuerdo con esta descripción, las características fundamentales en este escenario son las siguientes:

En primer lugar, se encuentran dos tipos de “actores”: por un lado, los sistemas jurídicos del Norte, que se constituyen como “centros de producción jurídica”; se trata de los lugares en los que se crea y se producen los lineamientos y los derroteros fundamentales de los ordenamientos constitucionales: categorías normativas que lo integran, jerarquía y valor normativo de cada una de ellas, principios y reglas para su interpretación y aplicación, y contenido. Por otro lado, los órdenes jurídicos de la periferia, que juegan un rol pasivo en la producción jurídica, al reducirse a imitar y reproducir los derroteros fijados de manera unilateral por los países del Norte.

En segundo lugar, esta “imposición” no siempre opera por vía de la fuerza abierta y visible. En muchas ocasiones se utilizan mecanismos sutiles

y etéreos que invisibilizan este proceso: conformación y formación de élites intelectuales locales en el Sur encargadas de la transmisión de conocimiento, configuración de redes jurídicas transnacionales, realización de encuentros, talleres, foros y otros eventos académicos, difusión de la producción intelectual, asesorías en gobiernos y parlamentos, entre muchos otros, sirven de vehículo para estos procesos. En muchas ocasiones, incluso, este proceso se presenta de manera “involuntaria”, sin que exista una voluntad directa y reflexivamente encaminada a emprender un proceso impositivo.

En tercer lugar, estos procesos de “importación” no implican necesariamente la mera duplicación de categorías y contenidos normativos, sino que en muchas ocasiones suponen cambios y transformaciones. Desde malentendidos y tergiversaciones involuntarias y desapercibidas, hasta adaptaciones y mutaciones conscientes y reflexivas, los procesos de trasplante legal no pueden ser entendidos exclusivamente en términos de mera reproducción.

Por último, la influencia del Norte hacia el Sur no se refiere exclusivamente al componente formal-normativo del derecho, sino fundamentalmente a los componentes estructural y político-cultural. Así las cosas, para evaluar el “impacto” de los sistemas jurídicos del Norte en los del Sur, no basta con examinar las coincidencias en los textos constitucionales y legales o con evidenciar las “referencias cruzadas” en la jurisprudencia. Mucho más interesante es examinar, por ejemplo, la forma en que la producción jurídica del Norte ejerce influencia en la ideología, en los imaginarios, en las prácticas institucionales, y en los criterios para la interpretación y aplicación de la Constitución por parte de los operadores jurídicos.

Por el contrario, las relaciones “Norte-Norte” o “Sur-Sur” sí parecen adecuarse a la descripción de los procesos dialógicos libres y espontáneos entre pares. Es en este contexto donde la imagen elaborada por autores como Anne-Marie Slaughter es válida. Aquí efectivamente se presenta un verdadero y auténtico proceso de retroalimentación, donde existe un “diálogo” y no un proceso de producción y un proceso de recepción, y donde los actores involucrados se encuentran en “pie de igualdad”. Pero esta imagen, se repite, únicamente es válida en escenarios y contextos limitados y específicos.

Por ejemplo, Mark Tufuyan sostiene que la descripción de Anne-Marie Slaughter no es más que “una narrativa de los teóricos liberales para hacer creer que hay una progresión lineal hacia un fin inevitable: la democracia liberal, ocultando así las diferencias y las contestaciones al proyecto libera, más como aberraciones que como alternativas legítimas”.¹²³ En otras palabras, la postulación de una “comunidad jurídica global” en la que impera el diálogo abierto, libre y espontáneo, no es más que una invención que pretende justificar y validar la imposición de un paradigma jurídico específico y determinado, en nombre de una supuesta verdad que en realidad es inexistente.

Dudas en este mismo sentido plantea Glensy, cuando afirma la imposibilidad de que la producción jurídica sea el resultado de relaciones dialógicas horizontales, cuando quienes participan en ellas no se encuentran en esta situación: “No se necesita un análisis muy profundo para demostrar que la igualdad de naciones dentro del contexto internacional es una quimera...”.¹²⁴ En otras palabras, si el mundo contemporáneo se caracteriza por tener una estructura jerárquica, mal podría entenderse la actividad jurídica al margen de dicha estructura fundamental.

Hannah Buxbaum, de forma independiente del elocuente y optimista discurso sobre la globalización del derecho, lo cierto es que los actores que participan en él juegan un rol sustancialmente diferente, dependiendo de la posición que ocupan dentro de la comunidad internacional:

en el proceso se experimenta de manera bien distinta por las diferentes cortes. La frase ‘propia consciencia de construcción de una comunidad jurídica global’ sirve en este contexto, precisamente porque hay dos formas de leer la auto-consciencia. Una que se refiere a la participación auto-consciente en un sentido activo –esto es, la opción deliberada de evaluar las racionalidades de otras cortes y la de proveer la propia racionalidad como contribución de un diálogo en desarrollo. Pero otra, se refiere a la auto-consciencia en el sentido de sentirse obligado a estar conforme a estándares impuestos por los poderes

123 Tufuyan, Mark. *Measuring the Effectiveness of Human Rights Regimes: Identity, ‘Networks’ Anomalies and the Antinomies of ‘Transjudicial Communication’ in Slaughter’s Liberal Project* (mimeo).

124 Glensy, Rex D., *Which Countries Count? Lawrence v Texas in the selection of Foreign Persuasive Authority*. *Virginia Journal of International Law*, 357, vol. 45:2, 2004-2005.

que lideran. En este sentido, parece que Cortes en algunos países ven su función no como la de participar en la creación de una comunidad global, sino más bien, en la obtención de los estados poderosos que lideran la comunidad global...¹²⁵

En el contexto latinoamericano, la autora Natalia Ángel parece defender una tesis en este sentido. Esta autora pone en duda la existencia de una “comunidad jurídica global”, en específico la idea de que todos los actores participan activamente y en pie de igualdad frente a los demás. Un rastreo de la evidencia empírica en el caso colombiano demuestra con claridad que la participación de sus jueces constitucionales dista mucho de ajustarse al modelo propuesto por autores como Anne-Marie Slaughter o Melissa Waters, y en el contexto latinoamericano, por Alejandra Azuero. De este modo, los jueces constitucionales colombianos han tenido un bajísimo nivel de participación en los más importantes encuentros de jueces, y en los casos en que ha logrado tenerlo, ha sido más bien por los vínculos personales e individuales que cada uno de ellos ha mantenido con otras redes, que por su condición de “juez latinoamericano”; en el mismo sentido, la importancia y el “peso” que se le otorga al juez latinoamericano y a los operadores jurídicos de la periferia en dichos eventos, es sorprendentemente menor que el que se le otorga a los operadores de otras latitudes.

Por ejemplo, la autora encuentra que aunque en la literatura académica se mencionan a los foros de Yale y Harvard como ejemplos paradigmáticos y emblemáticos de esta comunidad jurídica global, su funcionamiento dista mucho de participar de las notas que normalmente se le atribuyen. Un análisis de los mismos pone de relieve que a pesar del consenso académico, se trata de foros cerrados en los que la participación depende del prestigio del juez en cuestión, más que de la pertenencia a una u otra jurisdicción constitucional; en el mismo sentido, la participación de los jueces de la periferia es mínima, mientras que la de los países de Europa y Estados Unidos es la regla general. La dinámica al interior de estos foros dista mucho de asemejarse a un diálogo constructivo, y más bien reproduce la lógica de la “producción-recepción”. A pesar de la

125 Buxbaum, Hannah. *From Empire to Globalization. A post Colonial View of Transjudicialism*. Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 11. Issue 1, winter 2004.

notoria experiencia de la Corte Constitucional de Colombia, su participación dentro de este foro global ha sido marginal y accesorio, al igual que lo que ocurre con los demás jueces latinoamericanos.¹²⁶

Por otro lado, se encuentran los escenarios “Norte-Norte” y “Sur-Sur”, en los que sí es posible hablar de relaciones dialógicas y horizontales entre los ordenamientos jurídicos. Solo en este marco es posible hablar de la existencia de una comunidad jurídica abierta, en la que sus participantes (los operadores jurídicos cosmopolitas) entablan una dinámica conversatoria dirigida por la razón y por los argumentos. Este es el tipo de dinámicas que se entablan, por ejemplo, entre los jueces constitucionales de Estados Unidos y Alemania, o entre los doctrinantes de Francia y España, e incluso entre los operadores jurídicos de Colombia y Argentina, o de Brasil y Uruguay. Solo en el contexto de las relaciones intrarregionales es válido el modelo de la comunidad jurídica global.

En ese contexto, a continuación se examinará y evaluará el constitucionalismo ecuatoriano, con el objeto de ofrecer una respuesta provisional a esta cuestión.

2. El constitucionalismo ecuatoriano en el marco de los procesos de diálogo y recepción entre sistemas jurídicos

El trabajo de campo efectuado en relación con el constitucionalismo ecuatoriano sugiere que en estricto sentido, el fenómeno de la globalización no se asemeja a ninguna de las representaciones ofrecidas por la teoría jurídica, y que por el contrario, tienden a superponerse las diferentes claves explicativas. De acuerdo con esto, podríamos caracterizar los procesos de intercambio jurídico del siguiente modo:

1. En primer lugar, el fenómeno de la globalización supone generalmente dinámicas de tipo unilateral, en las que un sistema jurídico sirve como modelo a otros que lo “imitan” o “duplican”. Existen entonces

126 Angel, Natalia. “La participación del juez constitucional colombiano en los llamados ‘diálogos judiciales transnacionales’”. *Informe de investigación de la GTZ “Derecho Global”, julio de 2010*. No publicado.

- “centros de producción” y “centros de recepción”, y no necesariamente una lógica dialógica y conversatoria de mutuo enriquecimiento.
2. En segundo lugar, la recepción de los modelos foráneos no significa la mera reproducción de contenidos del derecho foráneo. En este proceso se presentan mayores o menores alteraciones, que van desde las incomprendiones involuntarias de las instituciones del derecho comparado, hasta modificaciones reflexivas, conscientes y críticas encaminadas a optimizar el marco jurídico, o a adaptarlo al contexto económico, jurídico, político y social del ordenamiento receptor.
 3. En tercer lugar, las dinámicas de diálogo e intercambio jurídico tienden a ser excepcionales, incluso cuando se presentan en las relaciones “Sur-Sur”. Esto significa que los procesos unilaterales e impositivos de “producción-recepción” se presentan no solo en las relaciones “Norte-Sur”, sino que esta misma lógica se reproduce en las relaciones entre los países de la periferia.
 4. De manera excepcional se presenta una identidad del constitucionalismo periférico, en la que la configuración de ciertas instituciones no responde al modelo de la “imitación”. Aquí se produce una verdadera producción autónoma e “idiosincrática” que revela cierto nivel de originalidad.

Al menos cuatro tipos de evidencias apoyan esta imagen. Examinemos cada una de ellas.

2.1. La participación del constitucionalismo ecuatoriano en los foros globales y regionales

Una primera evidencia del modelo explicativo anterior se encuentra en la participación del constitucionalismo ecuatoriano en los foros globales y regionales. Aunque en teoría en este contexto deberían existir dinámicas conversatorias y dialógicas de mutuo enriquecimiento, lo que demuestra el examen subsiguiente es que las dinámicas que existen en las relaciones “Norte-Sur” también se reproducen en el marco de las relaciones periféricas. Es decir, incluso en este contexto específico, tampoco es válida la “optimista” versión sobre la existencia de una comunidad jurídica global caracterizada por diálogos abiertos y libres.

Lo primero que salta a la vista es la importancia creciente que estos foros han tenido para el constitucionalismo ecuatoriano, en contraste con la importancia que para estos foros ha tenido este sistema jurídico. Es decir, existe una profunda asimetría entre uno y otro fenómeno.

La trascendencia que para el constitucionalismo ecuatoriano han tenido estos foros se pone de manifiesto, en primer lugar, en el apoyo que institucionalmente se ha dado a la asistencia a congresos y seminarios en los que se debaten los problemas del constitucionalismo contemporáneo. Tal como se explicó en el capítulo anterior, la asistencia a estos eventos por parte de los asesores y jueces de Tribunal y de la Corte Constitucional, se ha incrementado progresivamente a lo largo de tiempo. Congresos y seminarios en ciudades como Brasilia, Lima, Cartagena, Bogotá, Antigua, Buenos Aires o Ciudad de México, todos ellos patrocinados por la Corte Constitucional, revelan la creencia de que el intercambio jurídico tiene la capacidad para optimizar las dinámicas judiciales (ver anexo 1).

En el mismo sentido, los eventos de intercambio jurídico organizados y realizados por la propia Corte se han incrementado de manera significativa a lo largo del tiempo, y han venido adquiriendo progresivamente mayor importancia dentro de la entidad. Las denominadas “Jornadas Constitucionales” son un ejemplo emblemático de ello: durante el año 2010, por ejemplo, se realizaron 7 jornadas en las que se invitaron constitucionalistas tan reconocidos como Bartolomé Clavero o Gerardo Pissarello, y a las que los jueces, asesores y otros funcionarios de la Corte dedicaban alrededor de dos días completos al mes en cada jornada. Todo este esfuerzo institucional se explica nuevamente por la confianza depositada en el intercambio jurídico.

En contraste con ello, en los foros globales y regionales el constitucionalismo ecuatoriano parece no tener ninguna “voz”. Los anexos 4, 5 y 6 registran los participantes de tres (3) importantes foros: lo denominados “Global Constitutional Seminar”, organizados por la Universidad de Yale, los congresos y seminarios de Asociación Internacional de Derecho Constitucional, y los de la Conferencia Iberoamericana de Derecho Constitucional.

De estos eventos se destacan varios fenómenos.

El primero de ellos es que la participación ecuatoriana es muy baja. En efecto, de los múltiples foros globales organizados en el marco del Global

Constitutionalism Seminar de la Universidad de Yale, y de los múltiples realizados por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (AIDC), la contribución ecuatoriana se redujo a una única intervención por parte del constitucionalista Hernán Salgado Pesantes, en el marco del Seminario “Desafíos para la democracia y el constitucionalismo en el siglo XXI”, efectuado en Porto de Galinhas (Brasil), en el año 2009. De los 17 eventos organizados, en cada uno de los cuales se presentan alrededor de 30 intervenciones, hubo tan solo una contribución del Ecuador (ver anexos 4 y 5).

Este hecho es más notable si se tiene en cuenta, por un lado, que otros países de la región sí han tenido alguna voz en dichos foros. En el caso de los eventos de la Universidad de Yale, por ejemplo, han tenido participación constitucionalistas latinoamericanos de países como México, Colombia y Perú. Y en el caso de los foros de Asociación Internacional de Derecho Constitucional, por su parte, la participación de otros países latinoamericanos ha sido notable, tal como ha ocurrido con México, Brasil, Argentina y Colombia. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que incluso cuando los foros fueron realizados en América Latina, escenarios en los cuales la participación regional se incrementa dramáticamente, la contribución de ecuatoriana permaneció nula o al menos notablemente baja; así por ejemplo, cuando en el año 2005 la sede del congreso de la AIDC fue la ciudad de Buenos Aires, y la participación latinoamericana llegó al 65 por ciento, con países como la propia Argentina, Brasil, Perú y Chile, Ecuador permaneció invisibilizado; en el mismo sentido, cuando en el año 2010 la sede del congreso de la AIDC fue Ciudad de México, y la participación latinoamericana llegó al 32,4 por ciento, con países como el propio México, Brasil, Perú, Chile y Colombia, Ecuador permaneció al margen. Significa esto que dentro de estos escenarios el Ecuador no es en modo alguno un referente del constitucionalismo global (ver anexos 4 y 5).

En el mismo sentido, el peso relativo del constitucionalismo ecuatoriano dentro del diálogo intrarregional es notablemente modesto. Su participación dentro de los eventos organizados por la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional así lo demuestra. En ninguno de los 7 seminarios registrados ha tenido participación alguna. Por el contrario, países como Argentina, Costa Rica, Colombia y México, además de España, no solo han sido sede de estos foros, sino que además han tenido una contribución relativamente significativa en cada uno de ellos. Por

ejemplo, México fue sede en el año 2009, Colombia en los años 2008 y 2007, Argentina en el 2008 y Costa Rica en el 2006. Y países como Perú han tenido presencia continua en los foros de Managua 2010, Mérida 2009, Cartagena 2008 y Buenos Aires 2008 (ver anexo 6).

¿Qué explica este contraste? A nuestro juicio, varias razones explican este fenómeno.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que existe una clara e indiscutible asimetría en la participación regional, y que esta asimetría es consistente con las que se presentan de modo general en el escenario económico y político. En el caso de los seminarios de la Universidad de Yale, que son presentados como foros globales y abiertos, la participación continental es altamente dispar. Europa, por ejemplo, tiene una participación que oscila entre el 33,3 por ciento y el 40 por ciento; América Latina, en cambio, ha tenido una participación reducida que ha variado entre el 0 por ciento (en el año 2004) y el 25 por ciento (en el año 2007), pero que se ha situado en alrededor de 10 por ciento. África tuvo una única participación en el año 2004, y en los años subsiguientes no ha tenido ninguna. En el caso de los múltiples seminarios de la Asociación Internacional de Derecho Internacional ha sucedido algo semejante, aunque ha existido mayor apertura: la contribución europea ha sido indiscutiblemente alta, con un promedio de un 44,8 por ciento, mientras que la de América Latina viene a ser tan solo de 16,8%, la de América del Norte 10,3 por ciento y la de Asia de 20 por ciento. Finalmente, en los foros regionales de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional se evidencia también una asimetría intrarregional: mientras que la contribución española es de alrededor del 25,2 por ciento, la mexicana y argentina de 5,9 por ciento, la de Perú, Chile, Colombia y Portugal de 4,20 por ciento, y la de otros países, entre ellos Ecuador, de menos del 1 por ciento (ver anexo 6).¹²⁷

127 En cualquier caso, este fenómeno debe ser matizado, en la medida en que la participación de los países periféricos se incrementa de manera significativa cuando uno de ellos es designado como sede del evento. Por ejemplo, en el Congreso Internacional de la AIDC de México 2010, la contribución latinoamericana llegó a un histórico 32,4 por ciento, por encima incluso de la europea (31,1 por ciento). En el Congreso de Seúl 2009 la contribución asiática llegó al 62 por ciento, en el de Porto de Galinhas la latinoamericana llegó al 75 por ciento, y en el Capetown 2006 la africana llegó a un histórico y memorable 64,5 por ciento. Indiscutiblemente, convertirse en sede del evento y ser el país anfitrión altera de forma drástica las relaciones regionales.

Pero además de ello, la baja participación ecuatoriana se explica también por la poca notoriedad de la producción jurisprudencial en el contexto regional y global. Otros países de la región se han destacado por incursionar en materias novedosas como el reconocimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o los derechos de las personas privadas de la libertad, por haber tomado decisiones con un alto costo político en pos de la integridad de la Constitución (especialmente cuando se establecen frenos y límites a la actuación gubernamental), o cuando en el plano discursivo los fallos demuestran un especial rigor argumentativo. Países como Brasil, Argentina, Perú y Costa Rica han tomado la delantera y ello ha contribuido a que de algún modo se conviertan en referentes del constitucionalismo contemporáneo. Como la jurisprudencia constitucional ecuatoriana no se ha destacado en ninguno de estos campos, tampoco ha tenido mayor voz en estos foros.

Así, pueden evidenciarse algunas materias donde el constitucionalismo periférico no puede ser considerado como el resultado de la lógica del trasplante. Los casos referidos al litigio estructural y la exigibilidad de los derechos sociales por vía judicial, constituyen ejemplos emblemáticos de este fenómeno. En estas dos materias específicas los jueces constitucionales han sido creativos y activos, y su labor no se ha circunscrito a la recepción de los productos jurisprudenciales del Norte. Estas contribuciones parecen explicar la mayor importancia que han tenido estos sistemas jurídicos dentro de los diálogos globales y regionales. Veamos.

En materia de litigio estructural, distintos países de la denominada “periferia” han estado a la vanguardia del problema. Aunque en países como Estados Unidos se habla con frecuencia de esta forma de intervención judicial, en términos generales se encuentran diferencias significativas en las problemáticas abordadas, en los discursos que fundamentan las decisiones, en las estrategias adoptadas, y en el contenido de la parte resolutive de los fallos. Así pues, puede afirmarse que:

el ímpetu para el resurgimiento de este tipo de estudios [sobre los casos estructurales] ha provenido, en buena parte, de las innovaciones del constitucionalismo del Sur Global. La movilización social y la jurisprudencia sobre DESC en países como Sudáfrica e India han sido especialmente influyentes, como los muestran el interés por el estudio y el trasplante de estas

innovaciones al constitucionalismo y la teoría constitucional estadounidense y europeas.¹²⁸

Mencionemos, a modo de ejemplo, algunos casos significativos del denominado “Sur Global”, que se enmarcan dentro de esta tendencia.

En primer lugar se encuentra el caso de la India, cuya Corte Suprema de Justicia ha intervenido en problemas estructurales de tanta relevancia como el hambre y el analfabetismo, en el contexto de los derechos a la vida, la salud, la alimentación y la educación. La Corte no solo ha intervenido de forma directa en estos problemas de tipo sistémico, sino que además ha diseñado un amplio repertorio de mecanismos para hacer seguimiento a sus múltiples fallos, para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales.¹²⁹ En segundo lugar, se encuentra el caso de la Corte Constitucional de Sudáfrica, algunos de cuyos fallos se han referido de igual modo a problemas de tipo sistémico y estructurales, como el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, y el derecho a la igualdad sustancial y real, en un contexto en el que todavía se perpetúan las consecuencias del denominado *apartheid*.¹³⁰

En el contexto latinoamericano también existen ejemplos emblemáticos de este tipo. En el caso argentino, por ejemplo, existen dos (2) fallos de la mayor relevancia, y que pese a la amplia y profunda crítica de la que han sido objeto, constituyen ejemplos de creatividad jurídica y no de simple recepción o trasplante. En primer lugar, se encuentra la muchas veces mencionada sentencia en el caso Verbistky en el año 2005, en la que la justicia argentina intervino para garantizar los derechos a la vida y la integridad personal de alrededor de 6 000 personas privadas de la libertad; para

128 Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. “El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”. *La protección judicial de los derechos sociales*. AA.VV. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 339.

129 Muralidhar, Shir. “India”. *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*. Ed. Malcolm Langford. Cambridge, Cambridge University Press, 2008. Véase también Shankar, Shylashri y Pratap Bhanu Mehta. “Courts and Socioeconomic Rights in Brazil”. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Gauri Varum y Daniel Brinks. New York, Cambridge University Press, 2008.

130 Berger, Jonathan. “Litigation for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: a focus on health and education”. *Courting Social Justice. Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Eds. Gauri Varum y Daniel Brinks. New York, Cambridge University Press, 2008. Véase también Liebenberg, Sandra. “South Africa”. *Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law*. Ed. Malcolm Langford. Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

tal efecto, la Corte ordenó la adopción de medidas concretas y específicas para superar los problemas de hacinamiento, para garantizar la separación de los condenados y los investigados, y finalmente para asegurar que las cárceles tuviesen unas condiciones mínimas en materia de higiene. Por otro lado, se encuentra la también famosa sentencia en el caso Riachuelo, en la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino para evitar y revertir la contaminación del río Riachuelo, en el contexto del derecho a un medioambiente sano y en el contexto del derecho a la vida y la salud. En efecto, la denominada “cuenca Matanza-Riachuelo”, con un área de 2 240 kilómetros, está rodeada por 3 500 industrias, 13 asentamientos irregulares y múltiples conexiones de cloacas clandestinas que vierten aguas al río de manera constante, y 42 basurales a cielo abierto. Frente a la gravedad y complejidad del problema, la Corte ha emprendido un proceso participativo que involucra a los distintos actores del conflicto, para que mediante un proceso gradual y progresivo, se adopten las medidas respectivas. La Corte ha hecho un seguimiento permanente al caso.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha hecho parte del litigio estructural por medio de la novedosa figura del “estado de cosas inconstitucional”. La Corte ha utilizado esta figura cuando con ocasión de una acción de tutela en la que se alega la violación de derechos constitucionales de una persona o un grupo de personas específicas y determinadas, encuentra que debido a problemas de tipo estructural y sistémico, se presenta en realidad una violación masiva, generalizada y reiterada de derechos. En estos casos, la Corte no se limita a pronunciarse sobre el caso específico que da lugar al litigio, sino que actúa directamente sobre la problemática estructural mediante las “órdenes de ejecución compleja”, supervisa de manera permanente la ejecución integral de la sentencia, y mantiene su competencia sobre el caso hasta que cese la violación crónica de derechos.¹³¹

131 La Corte colombiana ha declarado el estado de cosas inconstitucional en materia pensional (sentencia n.º T-068/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, y sentencia n.º SU-090/00, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en los establecimientos carcelarios del país (sentencia n.º T-153/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y sentencia n.º T-847/00, M.P. Carlos Gaviria Díaz), en la carrera notarial (sentencia n.º SU-250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la protección a los defensores de derechos humanos (sentencia n.º T-590/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la asistencia médica y suministro de medicamentos a los reclusos de establecimientos carcelarios (sentencia n.º T-606/98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y en el desplazamiento forzado por la violencia (sentencia n.º T-025/00, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Pero más allá de los factores que puedan explicar esta disparidad entre el interés del constitucionalismo ecuatoriano por el intercambio jurídico y el interés del constitucionalismo global y regional por el Ecuador, lo cierto es que los foros de intercambio jurídico que se realizan en América Latina y en el mundo demuestran que el derecho constitucional no es tanto el resultado de prácticas dialógicas y conversatorias en las que todos los actores participan en pie de igualdad a partir de discursos racionales, sino más bien el resultado de dinámicas unilaterales en las que unos países (normalmente los países del primer mundo) terminan imponiéndose y convirtiéndose en el referente de los demás.

2.2. La interacción y las “referencias cruzadas” entre las cortes constitucionales ecuatoriana y colombiana

En segundo lugar, el examen de las “referencias cruzadas” entre el constitucionalismo ecuatoriano y el colombiano, demuestra ni siquiera en el marco de las relaciones periféricas e intraregionales se ha configurado una auténtica y verdadera dinámica dialógica de mutua retroalimentación. Por un lado, es evidente el amplio y profundo interés del constitucionalismo ecuatoriano reciente en el constitucionalismo colombiano, que se ha materializado normativamente por medio de la recepción legal y jurisprudencial de las pautas definidas legal, doctrinal y jurisprudencialmente en Colombia. En contraste con esto, el interés de Colombia por el Ecuador ha sido marginal y escaso, por no decir nulo, a pesar de la existencia de problemáticas comunes y a pesar de los insumos potencialmente útiles para aquel.

Desde el punto de vista cuantitativo el contraste es evidente. De las aproximadamente 20 000 sentencias expedidas por la Corte Constitucional entre 1991 y el 2010, tan solo 8 se refieren al Ecuador (ver anexo 12). Por el contrario, entre el 2008 y el 2010 se encuentran múltiples fallos judiciales que contienen una citación explícita del constitucionalismo colombiano (ver anexo 10). En otras palabras, en tan solo 2 años, la Corte ecuatoriana ha citado a la Corte colombiana casi cinco veces más que lo ha hecho la Corte colombiana respecto del constitucionalismo ecuatoriano, en una sorprendente proporción de 1 a 18. Esto hecho por sí solo muestra las asimetrías de la relación.

Pero además, desde el punto de vista cualitativo las diferencias son también notorias.

Por un lado, las citas en uno y otro caso tienen una función sustancialmente distinta. Mientras en el caso ecuatoriano pretenden tener una función material, en la medida en que la citación tiende a soportar o fundamentar alguna regla jurisprudencial con base en la cual se resuelven los casos, en el caso colombiano han tenido más bien una función “ornamental”. Así, en el caso ecuatoriano han servido para establecer o justificar precedentes sobre materias como los requisitos de la acción por incumplimiento, la validez de las limitaciones al principio de la doble instancia, los requisitos de las demandas de inconstitucionalidad, entre muchos otros. En el caso colombiano las referencias al constitucionalismo ecuatoriano han tenido una función accesoria, e incluso “anecdótica”, trayendo a colación “curiosidades” sobre otros sistemas jurídicos.

Existen otros datos reveladores. En la mayor parte de las sentencias ecuatorianas analizadas, existen transcripciones de disposiciones constitucionales o legales, y con más frecuencia, de providencias judiciales. A la inversa, la mayor parte de sentencias colombianas contienen referencias genéricas al constitucionalismo ecuatoriano, limitándose a señalar el sentido de las definiciones del sistema jurídico, a veces incluso de manera imprecisa. Esto constituye una evidencia más de las asimetrías en el interés.

A esto debe sumarse el hecho de que mientras en las sentencias ecuatorianas las referencias a Colombia muchas veces se presenta de manera exclusiva, o en el peor de los casos conjuntamente con las referencias a uno o dos países más (como por ejemplo, Perú o España), en el caso colombiano ocurre algo bien distinto: las referencias al Ecuador se dan en un contexto donde se hace una amplia referencia a los más disímiles sistemas constitucionales; así, normalmente se cita al Ecuador cuando se hace una amplia citación de otros órdenes jurídicos: Rusia, Costa Rica, Argentina, Croacia, Alemania, Eslovenia, etc.

De igual modo, llama la atención el hecho de que las citas colombianas de Ecuador en términos generales tienen un alto nivel de superficialidad, mientras que las citas ecuatorianas de Colombia buscan profundizar en aspectos puntuales de su sistema constitucional. Si bien es cierto que en ambos casos el rigor en la citación no es el deseable, el contraste en uno y otro caso es más que notorio.

La Corte ecuatoriana no solo cita a la Corte Constitucional sino a otros órganos judiciales con funciones constitucionales. Tal es el caso, por ejemplo, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, en materias como al alcance del derecho de defensa y el alcance y los requisitos de la acción por incumplimiento. Esto demuestra no solo la transversalización del derecho constitucional en el derecho ordinario, sino también que el profundo interés que suscita el derecho constitucional colombiano, trasciende y va mucho más allá de la “fama” de su Corte Constitucional.

Así las cosas, el intercambio jurídico entre los dos países ha sido asimétrico, en el sentido de que mientras el constitucionalismo ecuatoriano reciente ha emprendido un significativo proceso de recepción del constitucionalismo colombiano, algo semejante no ha ocurrido a la inversa. Es decir, mientras que el constitucionalismo ecuatoriano ha incorporado un amplio arsenal de estándares del derecho colombiano, este no ha hecho lo propio, pasando por alto la experiencia de aquel.

Aunque podría argumentarse que la “indiferencia” del constitucionalismo colombiano por el ecuatoriano se debe a su poca proyección y a su limitada capacidad para proporcionar insumos útiles al constitucionalismo global o regional, lo cierto es que ello no es así. Por el contrario, esta indiferencia es sorprendente, dado el amplio potencial de intercambio jurídico entre ambos sistemas y, sobre todo, dada la existencia de problemáticas comunes que se abordan por ambos jueces constitucionales, y por los potenciales aportes del constitucionalismo ecuatoriano. Es decir, a pesar de que existe un amplio arsenal de temáticas comunes, y a pesar de que dentro del nuevo constitucionalismo ecuatoriano existen novedades para ser aprovechadas, el juez colombiano se ha mantenido “indiferente” y no ha “explotado” este potencial.

Por tan solo mencionar un ejemplo, la nueva Constitución de 2008 introduce los denominados “derecho de la naturaleza”. En efecto, desde el preámbulo de la Constitución, y a lo largo de todo el texto, se introduce una nueva perspectiva en el reconocimiento de la naturaleza y sus elementos constitutivos. Cierto es que el constitucionalismo reciente había venido reconociendo el derecho al medioambiente como derecho de tercera generación, y a partir de allí había redefinido el contenido y alcance del sistema constitucional. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana parece haber introducido un cambio cualitativo en este reconocimiento.

Así, desde el mismo preámbulo se refiere a la naturaleza o “Pacha Mama” como uno de los elementos vitales para la existencia, y establece la necesidad de construir una nueva forma de convivencia en “armonía con la naturaleza” para lograr el buen vivir. De igual modo, y siguiendo la tendencia constitucional contemporánea, la Constitución reconoce el derecho a un medio sano en el artículo 66, numeral 27, al disponer que las personas tienen “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”; disposiciones en un sentido análogo se encuentran en los artículos 275, 276, 283, 290, 306, 317, 318, 319 y 395 a 415, que pretenden compatibilizar el régimen económico y social con la sostenibilidad ambiental y el derecho al medioambiente. Sin embargo, el cambio cualitativo se encuentra en el reconocimiento explícito de los denominados “derechos de la naturaleza”. El artículo 10 dispone expresamente que “la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Por su parte, los artículos 71 a 74 de la Constitución establecen los lineamientos de estos derechos; así, se dispone que la naturaleza tiene derecho a su existencia y al respeto de su mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, y a la restauración, e igualmente dota de garantías normativas, de políticas públicas y jurisdiccionales, a los demás sujetos de derecho para asegurar el goce efectivo de dichos derechos.

De igual modo, y a pesar del carácter reciente de la Constitución de 2008, desde la jurisprudencia se han comenzado a dilucidar el contenido y los efectos del reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

Por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional ecuatoriana resolvió una acción de amparo, cuyo salvamento de voto planteó el problema jurídico apelando a los derechos de la naturaleza.¹³² El amparo solicitaba el retiro de unas líneas de transmisión eléctrica cuya instalación no contaba con la licencia ambiental respectiva, y en general la sentencia fue denegada por argumentando la prevalencia del interés general sobre el interés particular. Sin embargo, en el salvamento de voto se hace una aproximación al problema desde los derechos de la naturaleza: allí se

132 Se trata de la Resolución n.º 242-07-RA, caso n.º 0242-2007-RA, jueces constitucionales ponentes: Roberto Bhrunis Lemarie y Edgar Zárate Zárate.

sostiene que el problema no puede ser planteado como un conflicto entre el interés individual y el interés general, pues no solo se encontraban comprometidos los derechos e intereses de la accionante, sino los derechos de la naturaleza en su conjunto, que eran también parte del interés general; en particular se sostiene que como las líneas de transmisión no solo no contaron con el estudio de impacto ambiental ni con la licencia ambiental respectiva, sino que además podía afectar seriamente el equilibrio ambiental y la salud de los moradores del sector, se ha debido conceder parcialmente el recurso de amparo.

De igual modo, la Corte ecuatoriana declaró la constitucionalidad de una declaratoria de estado de excepción, con el fin de impedir el deterioro de la cuenca del río Paute y la debilidad estructural de los cerros colindantes. En este caso, la Corte, con fundamento en los parámetros establecidos en la LOGJCC, efectúa un control formal y material del respectivo decreto. Dentro del examen material encuentra que la decisión de apelar al régimen excepcional encuentra fundamento en la necesidad de garantizar, entre otros, los derechos de la naturaleza. En otras palabras, se apela al nuevo discurso sobre los derechos de la naturaleza, para a partir de allí construir el juicio de constitucionalidad.¹³³

Se trata entonces de un giro sustancial y novedoso, en la medida en que se considera que la naturaleza es ahora un sujeto de derechos. Si bien es cierto que hasta el momento este reconocimiento no ha tenido mayor impacto jurídico, y que esta retórica está en mora de desplegar todos sus efectos y consecuencias jurídicas, también es cierto que este cambio de perspectiva constitucional constituye una novedad, no solo en la región, sino en el mundo entero.

A pesar de la evidente importancia de este giro, el constitucionalismo colombiano, y en particular el juez constitucional, parecen no tener interés en la cuestión, a pesar de que después de la expedición de la Constitución ecuatoriana se ha enfrentado a diferentes problemas jurídicos para cuya solución la Constitución de 2008 ofrece interesantes e importantes elementos de juicio.

133 Se trata de la sentencia n.º 015-10-SEE-CC, caso n.º 0011-10-EE, juez constitucional ponente: Roberto Brhunis Lemarie, 8 julio 2010.

Por tan solo mencionar un ejemplo, hace poco la Corte colombiana se pronunció sobre la constitucionalidad de una disposición legal que establecía una excepción a la prohibición general de maltrato animal. A pesar de los potenciales aportes del constitucionalismo ecuatoriano frente a esta problemática, fueron pasados por alto por la Corte colombiana.

En efecto, la ley 84 de 1989 contiene una prohibición general y unas prohibiciones específicas de maltrato animal. Así, el artículo 4 contiene la prohibición genérica de provocar daño, sufrimiento o lesión animal,¹³⁴ y el artículo 6 detalla, a título ejemplificativo, algunas conductas prohibidas, como causar la muerte animal mediante procedimientos que prolongan la agonía, hacer del sufrimiento animal un espectáculo público o privado, provocar la muerte innecesaria por un motivo abyecto o fútil, utilizar animales cautivos como blanco de tiro, pelar o desplumar animales vivos, sepultarlos vivos, herirlos o lesionarlos mediante golpe, quemadura, cortada o punzada o con arma de fuego, utilización de animales vivos para entretenimiento o para probar o incrementar la agresividad o la pericia de otros animales, entre muchos otros.

Sin embargo, la propia ley establece unas excepciones a esta regla general, permitiendo el rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas, riñas de gallos y similares, cuya práctica se encuentra autorizada en virtud de esta excepción legal a la protección animal,¹³⁵ a pesar de que evidentemente constituyen formas de maltrato animal. Esta excepción fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, y recientemente, el 30 de agosto de 2010, la Corte se pronunció sobre la referida excepción que autoriza estas formas de maltrato animal.

En el fallo correspondiente, la Corte Constitucional abordó dos problemas jurídicos: primero, si la realización de las actividades contempladas en las normas demandadas constituye una infracción a la prohibición de torturas y de penas crueles, inhumanas y degradantes contemplada en el artículo 12 de la Constitución Política, y en segundo lugar, si desconoce

134 El artículo 4 de la ley dispone al respecto lo siguiente: “Toda persona está obligada a respetar y abstenerse de causar daño o lesión a cualquier animal. Igualmente de denunciar todo acto de crueldad cometido por terceros del que tenga conocimiento”.

135 En efecto, el artículo 7 del Estatuto Nacional de Protección a los Animales dispone al respecto lo siguiente: “Quedan exceptuados de los expuestos en el inciso 1º y en los literales a), d), e), f) y g) del artículo anterior, el rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos”.

el deber constitucional de cuidado de los recursos naturales (arts. 8, 79 y 95, numeral 8), la diversidad e integridad del ambiente (art. 79) y la función social ecológica de la propiedad (arts. 58 y 313 C.P.).

En cuanto al primero de los problemas, la Corte sostuvo que la prohibición de las torturas y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes responde a una visión antropológica que no es extensible a los animales no humanos, por lo que con fundamento en ella no se podría declarar la inconstitucionalidad de la referida excepción que autoriza la crueldad contra los animales. Con respecto al segundo problema jurídico, la Corte consideró que aunque las hipótesis previstas en la disposición demandada constituían casos de evidente maltrato animal, que implicaban un desconocimiento del deber de protección de los recursos naturales, en realidad se trataba de actividades toleradas dentro del Estado colombiano, y realizadas tradicionalmente por algunos sectores sociales, por lo que en virtud del principio de la diversidad cultural, no podrían ser prohibidas de manera absoluta.

De acuerdo con estas consideraciones, si bien la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de las disposiciones demandadas, introduce algunos condicionamientos: primero, los animales objeto de estas prácticas deben recibir protección especial contra el sufrimiento y el dolor durante el transcurso de las respectivas actividades, y hacia el futuro se deben evitar o morigerar las conductas especialmente crueles; segundo, las prácticas autorizadas por la disposición legal solo pueden desarrollarse en aquellos municipios en los que se trata de una manifestación tradicional regular, periódica e ininterrumpida; tercero, únicamente pueden desarrollarse dichas actividades en las ocasiones en las que usualmente se han realizado; y para finalizar, las autoridades municipales no pueden destinar recursos públicos a la construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades.

Como se desprende de las consideraciones anteriores, la decisión de la Corte parte de una concepción antropocentrista de la Constitución Política, pues entiende que la prohibición constitucional de los tratos crueles, inhumanos o degradantes se refiere exclusivamente a los seres humanos. Pero además, la decisión parte de una concepción restrictiva de los derechos, pues no establece ningún vínculo entre la protección de la naturaleza y sus elementos constitutivos, con los derechos constituciona-

les de las personas. Es gracias a esta visión que la Corte entiende que no existe una incompatibilidad entre la realización de estas actividades de maltrato animal, y los preceptos constitucionales.

Sin embargo, dentro de una interpretación evolutiva del texto constitucional, con la cual la Corte se encuentra bien familiarizada, se hubiera podido conferir otro alcance a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y al derecho y al deber constitucional de protección de los recursos naturales. Dentro de esta nueva lectura de los derechos, y el juicio de constitucionalidad efectuado con fundamento en este entendimiento, el derecho comparado, y en particular el constitucionalismo ecuatoriano, hubieran podido ofrecer importantes elementos de juicio y un nuevo soporte conceptual para este entendimiento. Sin embargo, la argumentación contenida en el fallo prescinde totalmente de este tipo de análisis.

3. Conclusiones y evaluación desde una perspectiva comparada

El análisis anterior ofrece elementos de juicio para explicar el tipo de relaciones que se entablan entre los distintos órdenes constitucionales.

En primer lugar, la explicación y caracterización de la globalización del derecho constitucional no puede ser abstraída del contexto específico en el que se inscriben dichos procesos. Es decir, las relaciones políticas, económicas y culturales subyacentes a las relaciones jurídicas, deben ser tenidas en cuenta a la hora de describir y explicar el fenómeno. Como quiera que el derecho positivo responde a un cierto marco político, ideológico, económico y social, mal podría pasarse por alto y prescindirse de este marco para explicar y comprender el fenómeno de la globalización del derecho.

En segundo lugar, y como consecuencia directa de lo anterior, la postulación de un único modelo de relación entre los distintos órdenes constitucionales es incorrecta, como quiera que las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales subyacentes tampoco son uniformes y homogéneas. Así, si las relaciones entre un Estado y otro son relaciones de dependencia (por ejemplo, relaciones de dependencia política y económica), es muy probable que esta relación de dependencia tenga alguna

incidencia en las relaciones jurídicas que se establecen entre los respectivos órdenes constitucionales; con la misma lógica, si dos Estados mantienen relaciones económicas, políticas y culturales horizontales, es probable que esta relación tenga algún impacto en la construcción de las relaciones jurídicas. Pretender entonces que el intercambio jurídico responda a un único modelo, equivale a prescindir del entorno político, económico, social y cultural en el que se inscribe el fenómeno jurídico.

En este sentido, resultan de forma parcial incorrectas aquellas teorías que pretenden explicar el fenómeno de la globalización como un proceso exclusivo de “producción-recepción”, en el que unos centros se encargan de fijar los derroteros básicos de los sistemas jurídicos, mientras que otros se limitan a imitarlos y reproducirlos; este modelo, si bien logra dar cuenta de algunos de los fenómenos que ocurren en torno al constitucionalismo contemporáneo, deja sin explicar muchos otros que no responden a este esquema fundamental. Ni siquiera en el contexto de las relaciones de los países del Norte con la periferia, esta teoría es correcta, como lo demuestra el hecho de que el constitucionalismo periférico reciente ha demostrado un buen nivel de “creatividad” doctrinal y jurisprudencial en determinadas materias, como ha ocurrido con la teorización alrededor de los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

En el mismo sentido, son también incorrectas aquellas teorías que pretenden explicar el fenómeno de la globalización del derecho constitucional como un proceso dialógico y conversatorio en el marco de una comunidad jurídica global abierta; aunque esto puede ocurrir en determinados contextos y escenarios específicos, es incapaz de dar cuenta de todas las interacciones que se presentan entre los órdenes constitucionales. ¿Podríamos sostener que los jueces constitucionales en el mundo son operadores jurídicos cosmopolitas, conocedores de la experiencia constitucional de los demás países, y partícipes activos en el proceso de construcción del derecho constitucional global? ¿Podría sostenerse que todos los sistemas jurídicos del mundo cuentan por igual, y que se han acabado definitivamente las relaciones jerárquicas entre los órdenes constitucionales? ¿Podría afirmarse la existencia de verdaderos y auténticos procesos dialógicos y conversatorios de retroalimentación mutua y recíproca entre sus participantes? ¿Es Latinoamérica un referente para el constitucionalismo europeo o estadounidense, como para Latinoamérica lo han sido Europa y Estados Unidos?

Tampoco podría considerarse que el tipo de conexión depende única y exclusivamente de factores ligados a la ubicación geográfica en la comunidad global. En este sentido, debe considerarse como relativa la regla que establece la asociación entre “Norte-Sur” y “transplante”, y la que establece la asociación entre “Norte-Norte” y “Sur-Sur” con “comunidad jurídica global” y con “diálogo”. Así lo demuestra el hecho de que en muchas ocasiones las relaciones intrarregionales reproducen el mismo modelo vertical y jerárquico que se configura en las relaciones Norte-Sur.

Lo que se deriva de las consideraciones anteriores es el alto nivel de complejidad en las relaciones entre los órdenes constitucionales del mundo contemporáneo. Trasplantes jurídicos, recepciones que implican alteraciones, adaptaciones o incluso malentendidos con respecto a la formulación original de una institución jurídica, auténticos procesos de diálogo constructivo, imposiciones directas e imposiciones sutiles, influencias ideológicas y conceptuales en los operadores jurídicos, entre otros, hacen parte de las relaciones que día a día se establecen entre los sistemas jurídicos. La labor del investigador debe consistir entonces en identificar, desentrañar y explicar esta red de relaciones en un sistema jurídico específico.

Conclusiones

1. Al igual que en cualquier otro campo del fenómeno jurídico, el estudio y análisis de la globalización del derecho constitucional debe articular adecuadamente la aproximación conceptual y teórica, con la exploración de la realidad empírica que pretende ser explicada a partir de estas doctrinas y especulaciones abstractas y genéricas. Es decir, la teoría general del derecho nace y tiene por objeto dar cuenta de los fenómenos concretos y específicos en el derecho, por lo que en últimas su validez viene a depender de su capacidad para “recoger” e interpretar dicha realidad.

En el caso de la globalización del derecho constitucional, los estudios se han elaborado sobre todo desde una perspectiva estrictamente conceptual, sin incluir en ella análisis rigurosos y completos de tipo empírico que sustenten estos planteamientos teóricos. Por este motivo, en muchas ocasiones las generalizaciones y doctrinas en esta materia son más el resultado de percepciones, prejuicios e intuiciones sobre la forma en que se relacionan los órdenes constitucionales, que el producto del análisis de los fenómenos concretos y específicos.

Desde esta perspectiva, la investigación emprendida en relación con el constitucionalismo ecuatoriano, al incluir y comprender este componente empírico, ha enriquecido el debate en torno al fenómeno de la globalización.

En primer lugar, esta investigación ha permitido documentar, verificar y fortalecer algunas ideas generalizadas en torno a este fenómeno.

Por ejemplo, si la literatura jurídica postula una aproximación entre los sistemas jurídicos contemporáneos, esta investigación ofrece un amplio repertorio de casos en los que se materializa y concreta esta aproximación: visitas institucionales que posteriormente se reflejan en la producción jurisprudencial, significativo nivel de citación de legislación y jurisprudencia foránea en las providencias judiciales, adopción de estándares legales o jurisprudenciales foráneos en la normatividad interna, entre otros, permiten corroborar estas ideas.

En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, esta investigación también ha cumplido una función crítica, al contrastar desde la evidencia empírica las ideas que se postulan desde la teoría general. Por ejemplo, si con frecuencia se sostiene la existencia de una interacción cada vez más decisiva entre los sistemas jurídicos a partir de la citación de jurisprudencia foránea, la presente investigación muestra de qué modo estas referencias tienen más una función “ornamental” y retórica, que una función material en el contenido de las decisiones judiciales; de igual modo, frente a la postulación de un supuesto “diálogo” entre sistemas jurídicos, esta investigación muestra cómo en muchas ocasiones lo que se presenta son procesos unilaterales de tipo impositivo en los que no existe ninguna dinámica de mutua retroalimentación; si la teoría nos habla de una aproximación progresiva entre los órdenes constitucionales, el estudio del constitucionalismo ecuatoriano ha puesto de presente las dificultades de esta aproximación, y más aún, las profundas e intensas divergencias entre los órdenes constitucional, más allá de esta aparente convergencia. Si la teoría postula enfatiza la importancia de los denominados “trasplantes legales”, la presente investigación muestra la insuficiencia de estos mecanismos para materializar estos procesos de aproximación jurídica, y la necesidad de que sean acompañados de profundos y complejos procesos de tipo cultural.

De este modo, una investigación de este tipo ofrece importantes insumos y elementos de juicio para hacer una valoración crítica y para enriquecer las teorías sobre la globalización del derecho constitucional.

2. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el análisis del constitucionalismo ecuatoriano no solo es valioso por sí mismo, sino

que también permite enriquecer el debate general en torno al fenómeno de la globalización. En otras palabras, la evidencia obtenida a partir de este análisis específico ofrece insumos y elementos de juicio para construir y elaborar una teoría de la globalización del derecho.

Así, el análisis de la participación del personal de la corte ecuatoriana en eventos académicos de intercambio jurídico, ofrece herramientas para comprender la importancia del denominado “diálogo débil”; el estudio de la implementación de la LOGJCC en el Ecuador permite visualizar las limitaciones de los trasplantes legales, y la importancia de tener en cuenta los factores extranormativos que atraviesan la producción y la interpretación jurídica (como factores culturales y políticos); la comparación de la producción jurisprudencial colombiana y ecuatoriana permite visibilizar las limitaciones de las denominadas “referencias cruzadas”, a las que se les ha otorgado tanta importancia en la teoría del derecho.

En otras palabras, la construcción de una teoría del intercambio jurídico desde los intercambios jurídicos concretos y específicos, parece ser una perspectiva metodológica provechosa y útil para enriquecer y poner a prueba las doctrinas generales sobre el fenómeno de la globalización del derecho constitucional.

3. En tercer lugar, el examen del rol del intercambio jurídico en la construcción del constitucionalismo ecuatoriano, pone en evidencia la complejidad del fenómeno de la globalización del derecho, mostrando sus dificultades, obstáculos, enigmas, paradojas y ambigüedades.
 - 3.1. Lo primero que salta a la vista, es que el intercambio jurídico no es una realidad “avasalladora” que indefectiblemente atraviese el constitucionalismo contemporáneo. Tras el aparente intercambio jurídico que se manifiesta en hechos como la citación de legislación y jurisprudencia en las sentencias de los jueces constitucionales, en los amplios y frecuentes eventos académicos de intercambio global, regional e intrarregional o en los trasplantes legales, también se encuentra un evidente y palmario aislamiento y choque entre los distintos sistemas constitucionales. El hecho de que las sentencias de la Corte ecuatoriana citen con frecuencia la jurisprudencia colombiana, pero que al mismo tiempo adopten

reglas jurisprudenciales opuestas, es prueba fehaciente de esta realidad.

- 3.2. En segundo lugar, aunque la teoría jurídica parece ver en la globalización del derecho un fenómeno que es natural e intrínsecamente positivo y valioso, la presente investigación sugiere que la homogeneización y la aproximación de sistemas constitucionales no constituye por sí mismo un objetivo que deba ser alcanzado. ¿Deben los jueces constitucionales nacionales “someterse” a los dictados de los sistemas mundial y regional de derechos humanos? ¿Son estos últimos quienes mejor reconocen y protegen los derechos humanos? ¿Es deseable per se el diálogo regional? El examen del constitucionalismo ecuatoriano sugiere que estos interrogantes aún no han sido respondidos, y que en cualquier caso la aproximación jurídica debe ser el resultado de procesos reflexivos y críticos.

- 3.3. Finalmente, la presente investigación da luces sobre los principales rasgos del fenómeno de la globalización del Derecho.

Por un lado, se articulan y superponen procesos de aproximación, convergencia y armonización, con procesos de aislamiento y colisión normativa. Así como el texto constitucional ha buscado una integración con el sistema mundial y regional de derechos humanos mediante fórmulas que incorporan al derecho interno los instrumentos internacionales de derechos humanos, de igual modo el “diálogo” entre estos sistemas dista mucho de fluir libre y armónicamente, al menos en algunas materias específicas; así como la jurisprudencia constitucional ha buscado una aproximación con la doctrina jurídica foránea, su comprensión ha estado cargada de dificultades, tal como ha ocurrido con la comprensión del denominado “test de razonabilidad” o con la ponderación.

En segundo lugar, a globalización del derecho constitucional comprende no solo el componente normativo del Derecho, sino también los componentes estructural y político cultural. Esto explica, por ejemplo, el que los trasplantes legales emprendidos en la LOGJCC hayan sido “bloqueados” por barreras de tipo cultural que impiden la comprensión y el manejo riguroso y fluido con otros sistemas constitucionales; de igual modo explica la

inutilidad y el carácter “ornamental” o retórico de las citaciones de legislación o jurisprudencia foránea en las sentencias del juez constitucional. En otras palabras, la comprensión del fenómeno de la globalización desde una perspectiva estrictamente normativista, resulta insuficiente.

Para finalizar, la globalización del derecho constitucional articula y superpone procesos dialógicos y conversatorios de mutua retroalimentación entre los distintos órdenes jurídicos, pero también dinámicas impositivas y unilaterales en las que algunos sistemas jurídicos definen el contenido y alcance del derecho positivo, y otros se limitan a imitarlo. Mientras la teoría jurídica postula la existencia de un nuevo orden global en el que todos los operadores jurídicos intercambian experiencias a partir de procesos racionales, la evidencia muestra que tras esta apariencia, persisten lógicas impositivas incluso al interior de nuestra propia región; y a la inversa, mientras parte de la teoría jurídica insiste en que la producción e interpretación del derecho se explica por la existencia de “centros de producción” que se encargan de definir los lineamientos de todos los sistemas jurídicos, y de unos “centros de recepción” que se limitan a imitarlos, la evidencia empírica demuestra que no siempre los procesos responden a esta lógica.

Bibliografía

Doctrina

- AA.VV. *Anteproyecto de Código de Garantías Penales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Aeckerman, Bruce. *The rise of world constitutionalism*. Virginia Law Review, vol. 83, n.º 4.
- Aguilar Andrade, Juan Pablo. “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”. *Revista Iuris Dictio* (Quito) 13, Universidad San Francisco de Quito (2010): 59-89.
- Alonso García, Ricardo. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona, Ed. Civitas, 2ª ed., 2010.
- Alter, Karen y Laurence R. Helfer. *Nature o Nurture: Judicial Law Making in the European Court of Justice and The Andean Tribunal of Justice*. International Organización, vol. 64, n.º 4, 2010; Duke Law School Public Law & Legal Theory, Paper n.º 258; Northwestern Public Law Research Paper Series n.º 09-16.
- Azuero Quijano, Alejandra. “Redes de diálogo judicial transnacional: una aproximación empírica al caso de la Corte Constitucional”. *Revista de Derecho Público*, 22, Universidad de los Andes, febrero 2009.
- Buxbaum, Hannah. *From Empire to Globalization. A post Colonial View of Transjudicialism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11. Issue 1, winter 2004.
- Carbonell, Miguel, ed. *El derecho y la globalización*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____, ed. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Courtis, Christian. “El caso Verbistky: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2, Editores del Puerto, 2005.
- Escobar García, Claudia. “Del Tribunal a la Corte Constitucional: ¿tránsito hacia una nueva justicia constitucional?” *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. AA.VV. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

- _____. “Entre identidad e intercambio jurídico. El caso del constitucionalismo ecuatoriano”. von Bogdandy, Armin, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi. *La justicia constitucional y su internacionalización*. México, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. En proceso de publicación.
- _____. “Entre interpretación y legislación, administración y jurisdicción”. *Teoría y práctica de la justicia y el control constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- _____. *Eficacia de la justicia constitucional y dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la reparación integral. Lecciones desde el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho comparado*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010. No publicado.
- _____. *El rol de la voluntad de los órganos de producción normativa en la interpretación constitucional*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, junio 2009. No publicada.
- _____. “La defensa judicial de la Constitución en el constitucionalismo colombiano. Balances y Perspectivas después de dos décadas”. *Revista Foro* (Quito) 11, Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional, 2011.
- González García, Jesús María. “¿Son vinculantes los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas? Posición de los tribunales españoles a propósito de un controvertido caso (sobre el derecho a la revisión de la condena penal por una instancia superior)”. *La Ciencia del Derecho Procesal. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus Cincuenta Años como Investigador del Derecho*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Helper, Laurence R., Karen J. Alter y Florencia Guerzovich. *Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community*, American Journal of International Law, vol. 109; Vanderbilt Law and Economics

- Research Paper n.º 08-53; Vandervilt Public Law Research Paper n.º 08-53; Northwestern Law & Economic Research Paper n.º 08-22; Northwestern Public Law Research Paper n.º 08-41.
- Helfer, Laurence. *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?* Minnesota Journal of Law, Science & Technology, vol. 5, 2003; Loyola – LA Legal studies Paper n.º 2003-27; Princeton Law and Public Affairs Paper n.º 04-003.
- Herlfer, Laurence & Karen Alter. *The Andean Tribunal Of Justice and its Interlocutors: understanding premiljinary reference patterns in the andean community*. N.Y.U. Journal of International Law and Politics, vol. 41; Vanderbilt Law and Economics Research Paper n.º 09-06; Vanderbilt Public Law Research Paper n.º 09-01; Northwestern Public Law Research Paper n.º 09-05; Northwestern Law & Econ Research Paper n.º 09-04.
- Igartua Salaverria, Juan. *El Comité de Derechos Humanos, la casación penal española y el control del razonamiento probatorio*. Madrid, Thompson - Civitas, 2004.
- Jaramillo, Isabel Cristina y Antonio Barreto Rozo. “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias”. *Colombia Internacional* (Bogotá) 72, Universidad de los Andes (2010): 53-86.
- Jiunn-Rong, Yeh y Chang Wen-Chen. *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*.
- Krotoszynski, Ronald J. “International Judicial Dialogue and the Muses – Reflections on the Perils and The Promise of International Judicial Dialogue”. *Michigan Law Review*, 104. 6 (mayo 2006).
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá, Ed. Legis / Universidad de los Andes, 2006.
- Martín Beristain, Carlos. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Martínez, Jenny S. *Toward and International Judicial System*, Stanford Law Review, 2003, vol. 56.
- Montaña Pinto, Juan. “Interpretación constitucional. Variaciones de un tema inconcluso”. *Teoría y práctica de la justicia y el control consti-*

- tucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo, Ed Martins Fontes, 2009.
- Ossa Santamaria, Julio Andrés. “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”. *Hacia un nuevo derecho Constitucional*. Eds. Daniel Bonilla y Manuel Iturralde. Bogotá, Universidad de los Andes, s/a.
- Portes, Alejandro. *Introduction: The Debates and Significances of Immigrant Transnationalism, Global Networks*, vol. 1, 2001.
- Rahnema, Majid. “Participación”. *Diccionario del desarrollo. Una guía del conocimiento del poder*. Wolfgang Sachs.
- Rodríguez Garavito, Cesar y Diana Rodríguez Franco. *El impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia. La protección judicial de los derechos sociales*. AA.VV. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Santamaria, Angela y Vecchioli Virginia, eds. *Derechos humanos en América Latina: mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*. Bogotá, Centro de Estudios Políticos Internacionales (CEPI), Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- Slaughter, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, New Jersey, 2004.
- _____. *Judicial Globalization*. *Virginia Journal of International Law*, n.º 40, 2000.
- Tushnet, Mark. *The inevitable globalization of constitutional law*. Hague Institute for the Internationalization of Law, Harvard Public Law Working Paper n.º 09-06.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”. *Sur Revista internacional de Direitos Humanos* (São Paulo) 4. 6 (2007).
- _____. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*.
- Vargas Mendoza, Marcelo. “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y la Defensa de los Derechos Humanos”. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Ed. Claudia Escobar García. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

- Vertovek, Steven. *Migration and Other Modes of Transnationalism: Towards conceptual cross-fertilization*. The International Migration Review, 2003.
- Waters, Melissa. *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational, Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*. Georgetown Law Journal, vol. 5, 2005.
- Weissbrodt, David. *Globalization of Constitutional Law and Civil Rights*. Journal of Legal Education, vol. 43, 1993.
- Zerda Sarmiento, Alvaro. "Impacto de las provisiones TRIPS – Plus contempladas en el TLC Colombia – Estados Unidos", Serie LATN Papers (Latin American Trade Network), n.º 41.

Derecho internacional y supranacional de origen convencional

Acta Única Europea.

Acuerdo TRIPS/ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta Árabe de Derechos Humanos.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Convención de los Derechos del Niño.

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y las Tradiciones Constitucionales de los Estados Miembros.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convenio 168 de la Organización Internacional del Trabajo.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tratado de Amsterdam.

Tratado de Berna.

Tratado de la Unión Europea.

Tratado de Niza.

Tratado de París.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Jurisprudencia de organismos internacionales y regionales

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Costa/ENEL n.º 6-64, 15 de julio de 1964.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Van Gend en Loos, 5 de febrero de 1963 n.º 26-62.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Todas las sentencias en los casos contenciosos de la Corte IDH.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos siguientes: *Lawless vs. Ireland* (1961); *Handyside vs. United Kingdom* (1976); *Tyrer vs. United Kingdom* (1978); *Ireland vs. United Kingdom* (1978); *Tyrer vs. United Kingdom* (1978); *The Sunday Times vs. United Kingdom* (1979); *Artico vs. Italia* (1980); *Corigliano vs. Italia* (1982); *Piersack vs. Belgium* (1982); *Van der Sluijs, Zuideryeld y Kappe vs. Holland* (1983); *De Jong, Baljet y Van der Brink vs. Holland* (1984); *De Cubber vs. Belgium* (1984); *Barthold vs. Germany* (1985); *Lingens vs. Austria* (1986); *Bozano vs. France* (1986); *Müller and others vs. Swizerland* (1988); *Ciulla vs. Iatlia* (1989); *Bricmont vs. Belgium* (1989); *McCallum* (1990); *B. vs. Austria* (1990). *Wassink* (1990); *Granger vs. United Kingdom* (1990); *Koendjibiharie* (1990); *Oberschilick vs. Austria* (1991); *Castells vs. Spain* (1992); *Fey vs. Austria* (1993); *Otto-Preminger Institute vs Austria* (1994); *Lala vs Países Bajos* (1994); *Boner vs Reino Unido* (1994); *Bron and others vs. Países Bajos* (1994); *Ruiz Torrija vs. España* (9 de

diciembre de 1994); Pullar vs. the United Kingdom (10 junio 1996), Lehideux and Isorni vs. France (1998); A. vs. United Kingdom, sentencia del 23 septiembre 1998; Daktaras vs. Lithuania (2000); Dichand and others vs. Austria (2002); Perna vs. Italy (2003); Scharsach and New Verlagsgesellschaft vs. Austria (2004).

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Sentencia en el caso 114-AI-2004.

Otros instrumentos internacionales y regionales

Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas

Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución adoptada por la Asamblea General de la ONU del 13 de septiembre de 2007. Resolución 2200 A (XXI) Documento A/CONF.157/24. Resolución 217^a (III).

Discrimination Against Indigenous Peoples: Technical Review of United Nations Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, U.N. ESCOR Comm'n on Human Rights, Sub-Comm'n on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 46th Sess, Agenda Item 15, U.N. Doc. S/CN/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994).

Draft Principles and Guidelines for the Protection of the Heritage of Indigenous Peoples, Decision 2000/107, U.N. Sub-Comm'n on the Promotion and Protection of Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/DEC/2000/107 (2000).

Principios Básicos para el Tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Reglas Mínimas para el tratamiento de los Reclusos.

Res. 2001/33 U.N. Comm'n on Human Rights, "Access to Medication in the Context of Pandemics Such as HIV/AIDS", U.N. Doc. E/CN.4/RES/2001/33 (2001).

Resolución 2000/7 de la Sub-Comisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los derechos Humanos: "Intellectual Property Rights and Human Rights" (Documento E/CN.4/Sub.2/Res/2000/7).

Resolución A/RES/60/148/ del 24 de octubre de 2005 de la Asamblea General de la ONU, mediante la cual se aprobaron los "Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Documento E/CN.4/2005/59).

Informes de comités de tratados de derechos humanos

Informe de las Naciones Unidas: *Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment on Human Rights*, U.N. ESCOR, 53rd Sess, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/10 (2001).

Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado de conformidad con la resolución 1995/37 B de la Comisión de Derechos Humanos, 10 de enero de 1997: "Cuestión de los Derechos Humanos de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en particular: la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (Documento E/CN.4/1997/7).

Observaciones generales de comités de tratados de derechos humanos

Compilación de Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 2004.

Observación General n.º 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Otros instrumentos de los sistemas mundial y regional de derechos humanos.

Dictámenes del Comité de Derechos Humanos: Dictamen del 20 de julio de 2001 en el caso Cesario Gómez Vásquez vs Reino de España. Comunicación n.º 701/1996/69/D/701/1996; dictamen del 23 de junio de 1997 en el caso Michael y Brian Hill vs. España; dictamen del 30 de julio de 2003 (caso Joseph Semey vs. España); dictamen del 7 de agosto de 2003 (caso Manuel Sineiro Fernández vs España); dictamen del 15 de noviembre de 2004 (caso José María Alba Cabriada vs España; dictamen del 25 de mayo de 2005 (Antonio María Fernández vs. España); dictamen del 13 de mayo de 2003 (caso Luis Pascual Estevill vs. España); dictamen del 10 de mayo de 2005 (caso Parra Corral vs. España); dictamen del 16 de agosto de 2005 (caso Luis Bertelli Gálvez vs. España); dictamen del 16 de agosto de 2005 (caso Luis Cuartero Casado vs. España); dictamen del 21 de noviembre de 2005 (caso Héctor Luciano Carvallo Vilar vs. España).

Reglamento interno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Reglamento interno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Legislación del Ecuador

Constitución de la República del Ecuador de 1998.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Jurisprudencia del Tribunal y de la Corte Constitucional del Ecuador

Sentencias: 1580-2008-RA; 002-08-SI-CC; 0572-2008-RA; 0040-2007-TC; 002-09-SIN-CC; 002-09-SAN-CC; 005-09-SEP-CC; 0002-

09-SEE-CC; 003-09-SEP-CC; 001-09-SCN-CC; 0001-09-SIS-CC; 006-09-SEP-CC; 0008-09-SEP-CC; 0302-08-RA; 0012-08-TC; 010-09-SEP-CC; 011-09-SEP-CC; 012-09-SEP-CC; 013-09-SEP-CC; 014-09-SEP-CC, 016-09-SEP-CC; 003-09-SIN-CC; 004-09-SIS-CC; 1182-08-RA; 0003-09-SEE-CC; 005-09-SIN-CC; 0005-09-SIN-CC; 0004-09-SIS-CC; 0005-09-SIS-CC; 0003-09-SIC-CC; 0003-09-SEE-CC; 0004-09-SAN-CC; 0023-09-SEP-CC; 0007-09-SIS-CC; 024-09-SEP-CC; 025-09-SEP-CC; 026-09-SEP-CC; 0004-09-SEE-CC; 0012-09-SIC-CC; 0198-2009-RA; 1588-08-RA; 0006-09-SAN-CC; 0014-09-SIS-CC; 030-09-SEP-CC; 0008-09-SAN-CC; 0007-09-SAN-CC; 0016-09-SIC-CC; 034-09-SEP-CC; 001-08-SEE-CC; 0001-09-SEP-CC; 0040-2007-TC; 0002-09-SEE-CC; 0001-09-SEE-CC; 002-09-SEE-CC; 003-09-SEE-CC; 004-09-SEE-CC; 005-09-SEE-CC; 002-10-SEE-CC; 0004-10-SEE-CC; 005-10-SEE-CC; 0002-2009-HD; 0002-09-SEE-CC; 0002-2009-HD; 0004-10-SCN-CC; 0003-10-SCN-CC; 001-10-SIN-CC; 0006-10-SEE-CC; 0007-10-SEE-CC; 0008-10-SEE-CC; 0009-10-SEE-CC; 0010-10-SEE-CC; 0006-09-SEP-CC; 0029-06-TC; 0008-09-SEP-CC; 0009-09-SEP-CC; 0344-10-EP; 012-09-SEP-CC; 012-09-SEP-CC; 0004-09-SAN-CC; 0004-09-SEE-CC; 0022-2009-RA; 0003-10-SEP-CC; 0002-10-SEP-CC; 002-10-SEP-CC; 024-10-SCN-CC; 002010-SIC-CC; 0002-10-SIN-CC; 0011-10-SEE-CC; 0023-10-SEP-CC; 0012-10-SEE-CC; 014-10-SEE-CC; 0011-10-SIS-CC; 0013-20-SCN-CC; 0015-10-SEE-CC; 007-10-SIN-CC; 0012-10-DTI-CC; 0033-10-SEP-CC; 0024-10-SCN-CN; 002-10-SIS-CC; 0017-10-SCN-CC; 035-10-SEP-CC; 024-10-SCN-CC; 0015-10-SIS-CC; 0016-10-SIS-CC; 0017-10-SIS-CC; 0017-10-SEE-CC; 049-10-SEP-CC; 038-10-DTI-CC; 040-10-DTI-CC; 0024-10-SIS-CC; 025-10-SIS-CC; 029-10-SCN-CC; 0019-SEE-CC; 031-10-SCN-CC; 001-10-PJO-CC; 0001-10-SEE-CC; 0002-10-SEE-CC; 0003-10-SEE-CC; 0004-10-SEE-CC; 0005-10-SEE-CC; 006-10-SEE-CC; 0007-10-SEE-CC; 0008-10-SEE-CC; 0009-10-SEE-CC; 0010-10-SEE-CC; 0011-10-SEE-CC; 0012-10-SEE-CC, 0013-10-SEE-CC; 0015-10-SEE-CC; 0016-10-SEE-CC; 0017-10-SEE-CC; 0018-10-SEE-CC; 0019-10-SEE-CC.

Legislación foránea

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política del Perú.

Decreto 2067 de 1991 de la República de Colombia

Decreto 2591 de 1991 de la República de Colombia.

Reglamento Interno de la Corte Constitucional de Colombia.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia

Sentencias: C-142/93; C-344/93; C-411/97; T-1319/01; C-040/02; C-551/03; T-067/03; C-590/05; C-674/05; T-171/06; C-355/06; C-934/06; C-760/08; C-1266/08; C-070/09; C-071/09; C-073/09; C-135/09; C-136/09; C-145/09; C-146/09; C-172/09; C-174/09; C-176/09; C-224/09; C-225/09; C-226/09; C-239/09; C-252/09; C-253/09; C-254/09; C-257/09; C-283/09; C-284/09; C-466/09; C-663/09; C-728/09; C-811/09; C-255/10; C-288/10; C-289/10; C-290/10; C-291/10; C-292/10; C-297/10; C-298/10; C-302/10; C-332/10; C-374/10; C-843/10; C-884/10; C-911/10; C-912/10; C-217/11; C-217/11; C-217/11; C-218/11; C-219/11; C-240/11; C-241/11; C-242/11; C-243/11; C-244/11; C-245/11; C-246/11; C-251/11; C-252/11; C-253/11; C-254/11; C-255/11; C-256/11; C-257/11; C-264/11.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España

Sentencias STC 70/2002 del 3 abril 2002; STC 80/2003 del 14 mayo 2003; STC 105/2003 del 2 junio 2003; STC 123/2005 del 12 mayo 2005; STC 116/2006 del 24 abril 2006; STC 123/2005 del 12 de mayo de 2005.

Jurisprudencia de tribunales alemanes

Sentencias del Tribunal Constitucional Federal: BVerfGE 39, 1. Febrero 25 de 1975; BVerfGE 69, 257. Abril 25 de 1985; BVerfGE 88,

203. Mayo 28 de 2003; BVerfGE, 96, 375. Noviembre 12 de 1996; BVerfGE 98, 265. Octubre 27 de 1998.
Sentencias del Tribunal Supremo Federal: BGHZ 58, 48. Enero 11 de 1972; BGHZ 76, 259. Marzo 18 de 1980; BGHZ 89, 95. Noviembre 22 de 1983; BGHZ 95, 199. Julio 9 de 1995; BGHZ 86, 240. Enero 18 de 1993.

Otros

Información de la Asociación Internacional de derecho Constitucional (AIDC) sobre los eventos realizados, que consta en la página web.
Información de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional (CIJC) sobre los eventos realizados, que consta en la página web.
Información de la Corte Constitucional del Ecuador sobre viáticos concedidos a funcionarios para asistencia a eventos académicos al exterior y eventos realizados por el organismo.
Información de la Universidad de Yale sobre el “Global Constitutional Seminar”, que consta en la página web.
Informes del Tribunal Constitucional del Ecuador al Congreso Nacional (1999-2007).

Anexos

ANEXO 10

LISTADO DE CITACIONES DE SISTEMAS CONSTITUCIONALES FORÁNEOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR (2009 – 2010)

Nro. sentencia	Juez ponente	Sistema constitucional citado	Tema citado	Fuente citada	Forma de citación	
1	0572-2008-RA	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Control disciplinario	Jurisprudencia Corte Constitucional	Cita de sentencia C-155/02
					Doctrina	Citación de Carlos Gómez
2	0040-2007-TC (31 marzo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Igualdad	Doctrina	Referencia de Carlos Bernal Pulido
				Penalización de reincidencia	Legislación	Referencia genérica a la legislación penal colombiana
		Corte Interamericana de Derechos Humanos	Principio de igualdad	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 18/03	
3	002-09-SIN-CC (14 mayo/2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Eficacia y eficiencia en la función pública	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de sentencia T 17 001 – 2000 (sic)
4	002-09-SAN-CC (2 abril 2009)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Sentencias de constitucionalidad condicionada	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-100/96, T-065/97 y C-492/00
					Perú	Inconstitucionalidad por conexidad
			Legislación	Cita del artículo 78 del Código Procesal Constitucional		
			Doctrina	Cita de Luis Alberto Huerta Guerrero		
Sentencias interpretativas y manipulativas	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Transcripción de sentencia exp. 004 – 2004 – CC/TC				
5	005-09-SEP-CC (14 mayo 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Exposición de doctrina y transcripción de fragmento de sentencia T-808/07
			Corte IDH	Derecho a la verdad	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción y citas de las sentencias en casos Velásquez Rodríguez vs Honduras (29 julio 1988), Godínez Cruz (20 enero 1989), La Cantuta vs Perú (29 noviembre 2006), Barrios Altos vs Perú (14 marzo 2001), Tibi vs Ecuador (7 septiembre 2004), Carpio Nicolle (22 noviembre 2004), Plan de Sánchez (7 septiembre 2004).
6	0002-09-SEE-CC (5 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estado de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 08/87
7	003-09-SEP-	Nina Pacari	Colombia	Papel del juez en el	Doctrina	Citación de Carlos

CC	Vega		Estado constitucional		Bernal Pulido	
8	001-09-SCN-CC (14 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Estado de justicia	Doctrina	Referencia a Carlos Bernal Pulido
				Exigibilidad de los DESC	Doctrina	Referencia a Rodolfo Arango
				Derechos de las víctimas	Jurisprudencia	Referencia a las sentencias:T-277/00, T-327/01, T-752/98, C-228/02, C-622/02, C-805/02, C-004/03, C-872/03, C-453/05, T-882/05, T-1076/05, C-370/06, C-454/06, C-575/06, C-1033/06
				Límites a la libertad de configuración legislativa	Doctrina	Referencia a Carlos Bernal Pulido
9	0001-09-SIS-CC (19 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Bloque de constitucionalidad	Doctrina	Cita de Rodrigo Uprimny Yepes
					Jurisprudencia	Cita de sentencia C-1040/05
10	006-09-SEP-CC (19 de mayo 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Tutela contra sentencias	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia T-808/97
				Debido proceso	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Cita genérica de sentencia T-110/05
			Corte Interamericana de Derechos Humanos	Debido proceso	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de sentencia en caso Cantos vs Argentina
11	0008-09-SEP-CC (19 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Debido proceso	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencia T-290/98
				Igualdad	Doctrina	Cita de Carlos Bernal Pulido
				Estado constitucional de Derecho	Doctrina	Cita de Carlos Bernal Pulido
			Corte Interamericana de Derechos Humanos	Debido proceso	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia genérica a la jurisprudencia de la Corte IDH
12	0302-08-RA (26 mayo 2009)	Edgar Zárate Zárate	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Derecho de acceso a justicia	Jurisprudencia Corte IDH	Referencia genérica a la jurisprudencia de la Corte IDH
13	0012-08-TC (23 junio 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Estado social de derecho	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencia T-406/92
14	010-09-SEP-CC (7 julio 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Doctrina	Transcripción de Mauricio García Villegas y Rodrigo Uprimny Yepes
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-260/93 y transcripción de sentencia C-695/02
				Amnistía	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Sentencia C-260/93
15	011-09-SEP-CC (7 julio 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia genérica a la jurisprudencia
				Debido proceso	Doctrina	Citación de Carlos Bernal Pulido
16	012-09-SEP-CC (14 julio 2009)	Nina Pacari Vega	Colombia	Función del juez en el Estado constitucional	Doctrina	Referencia a Carlos Bernal Pulido

Anexos

17	013-09-SEP-CC (14 JULIO 2009)	Manuel Viteri Olvera	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Doctrina	Transcripción de Catalina Botero
18	014-09-SEP-CC(21 julio 2009)	Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmentos de sentencias T-701/04, T-221, T-442/05, A001/93, C-543/92
19	016-09-SEP-CC (23 julio 2009)	Hernando Morales Vinueza	Colombia	Acción extraordinaria de protección	Doctrina	Transcripción de fragmento de texto de Catalina Botero.
20	003-09-SIN-CC (23 julio 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Sentencias de constitucionalidad condicionada	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-100/96 y C-065/97
				Prestación de servicios públicos por particulares	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencia C-389/02
				Sistema tarifario para prestación de servicios públicos	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-155/03 y C-1067/02
			Perú	Principio de conservación del derecho	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Transcripción de sentencia Exp. 004 – 2004 – CC/TC
				Sentencias intermedias e interpretación conforme	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Cita de sentencia Exp. 004 – 2004 – CC/TC
21	0004-09-SIS-CC (23 julio 2009)	Ruth Seni Pinoargote	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Cumplimiento y ejecución de sentencias	Sentencias de la Corte IDH	Cita de sentencias en casos Baena Ricardo y Acevedo Jaramillo
					Práctica y costumbre en el sistema interamericana	Referencia a la supervisión del cumplimiento y ejecución de sentencias de la Corte IDH
22	1182-08-RA (25 agosto 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Control disciplinario	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencia C-155/02
23	0003-09-SEE-CC (3 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 8/87
24	005-09-SIN-CC (3 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 8/87
25	005-09-SIN-CC (3 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Argumentación constitucional	Doctrina	Transcripción de Carlos Bernal Pulido
				Cargas argumentativas en demanda de inconstitucionalidad	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-115/06 y C-1299/05
26	0004-09-SIS-CC	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Cumplimiento de decisiones judiciales	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia a la sentencia T-025/04
27	0005-09-SIS-CC (1 septiembre 2009)	Nina Pacari Vega	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política.	Transcripción artículo 87 C.P.
					Asamblea Constituyente	Fragmento de discurso de asambleísta
					Jurisprudencia del Consejo de Estado	Transcribe fragmento de sentencia pero no la individualiza
				Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción del auto del 10 de diciembre de 1992 y de sentencia C-157/98	

					Doctrina	Citación de Beatriz Londoño Toro
				Eficacia y valor normativo de la Constitución	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencias genéricas y transcripción de sentencia C-443/97
				Cumplimiento de las sentencias	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia genérica de la sentencia T-025/04
		Perú		Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del art. 200 C.P.
			Corte Interamericana de Derechos Humanos	Ejecución y cumplimiento sentencias	Jurisprudencia de la Corte IDH	Cita y transcripciones en los casos Baena Ricardo y Acevedo Jaramillo
28	0003-09-SIC-CC (1 septiembre 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Debido proceso	Doctrina	Citación de Carlos Bernal Pulido y Arturo Hoyos
29	0003-09-SEE-CC (16 marzo 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Perú	Control constitucional de estados de excepción	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Referencia a la sentencia 00017-2003-AI
30	0004-09-SAN-CC (24 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Principio de igualdad	Doctrina	Cita y transcripción de Henrik López Sterup
31	023-09-SEP-CC (24 septiembre 2009)	Diego Pazmiño Holguín	Perú	Debido proceso	Doctrina	Cita de Diego Pazmiño Holguín
32	0007-09-SIS-CC (29 septiembre 2009)	Nina Pacari Vega	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 87 C.P.
					Asamblea Constituyente	Fragmento de discurso de asambleísta
					Jurisprudencia del Consejo de Estado	Transcribe fragmento de sentencia pero no la individualiza
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción del auto del 10 de diciembre de 1992 y de sentencia C-157/98
					Doctrina	Citación de Beatriz Londoño Toro
				Eficacia y valor normativo de la Constitución	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencias genéricas y transcripción de sentencia C-443/97
		Perú		Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 200 C.P.
33	024-09-SEP-CC (29 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Igualdad	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción de sentencia sin individualizar
34	025-09-SEP-CC (29 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Motivación de decisiones judiciales	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	Referencia y citación de sentencia con exp. 11001-0203-000-2004-00729-01 del 29 de agosto de 2008
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias con expedientes 2006-000269, 2006-001095, 2006-00160, 2006-00352.
					Defecto sustancial del sentencias	Jurisprudencia de la Corte

Anexos

			España	Motivación sentencias	Constitucional	2007-00175	
			Corte Interamericana de Derechos Humanos	Motivación decisiones judiciales	Jurisprudencia Tribunal Constitucional Jurisprudencia Corte IDH	Sentencia RTC-1997-54 del 17 de marzo de 1997 Citación de sentencias en casos Chaparro Álvarez vs Ecuador (21 noviembre 2007) y Aptiz Barbera vs Venezuela (5 agosto 2008)	
35	024-09-SEP-CC (29 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Perú	Derecho a la tutela judicial efectiva	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Transcripción de sentencia no individualizada	
36	026-09-SEP-CC (1 octubre 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Debido proceso	Doctrina	Cita Carlos Bernal Pulido	
						Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	Citación de sentencias del 10 de mayo de 2001 y 28 de octubre de 1997
						Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmentos de sentencias C-055/93, T-233/95 y C-592/05
						Legislación	Transcripción del artículo 266 del Código de Procedimiento Penal
37	0004-09-SEE-CC (8 octubre 2009)	Alfonso Luz Yunes	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC-08/87	
38	0012-09-SIC-CC (8 octubre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de derechos humanos	Derecho a la tutela judicial efectiva	Jurisprudencia Corte IDH	Cita de sentencias en casos Acevedo Buendía y otros vs Perú (1 julio 2009), Castañeda Gutman vs México (6 agosto 2008), Tribunal Constitucional vs Perú (31 enero 2001).	
					Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 09/87	
39	0198-2009-RA (13 octubre 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Derechos de personas privadas de la libertad	Sentencias	Citación de sentencia en casos Instituto de Reeduación del Menos vs Paraguay, 2 de septiembre 2004.	
40	1588-08-RA (10 noviembre 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Control disciplinario	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia genérica a la sentencia C-155/02	
41	0006-09-SAN-CC (24 noviembre 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Garantía de derechos por el Estado	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de sentencia sin individualizar	
42	0014-09-SIS-CC (24 noviembre 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Estabilidad laboral	Constitución Política	Transcripción del artículo 229 C.P.	
					Jurisprudencia Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia C.479/92	
43	030-09-SEP-	Roberto	Colombia	Imparcialidad judicial	Doctrina	Referencia genérica	

43	CC (24 noviembre 2009)	Bhrunis Lemarie	Colombia	Imparcialidad judicial	Doctrina	a Devis Echandía	
			Perú	Debido proceso	Doctrina	Transcripción de Luis Sáñez Dávalos	
44	0008-09-SAN-CC (9 diciembre 2009)	Nina Pacari Vega	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 87 C.P.	
					Asamblea Constituyente	Fragmento de discurso de asambleísta	
					Jurisprudencia del Consejo de Estado	Transcribe fragmento de sentencia pero no la individualiza	
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción del auto del 10 de diciembre de 1991, y de sentencias C-157/98 y T-188/93.	
					Principio de igualdad	Doctrina	Cita de Carlos Bernal Pulido
			Reglas de interpretación	Jurisprudencia Corte Constitucional	Mención genérica a la contribución de la Corte colombiana en esta temática		
		Perú	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 200 C.P.		
45	0007-09-SAN-CC (9 diciembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción de artículos 93 y 436 C.P.	
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias C-157/98 y C-638/00	
46	0016-09-SIC-CC (9 diciembre 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Ejecución y cumplimiento de decisiones judiciales	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcribe sentencia sin individualizar	
47	034-09-SEP-CC (9 diciembre 2009)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Obligatoriedad del precedente constitucional y autonomía funcional del juez	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia T-100/98	
					Derecho a tutela judicial	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia 426/02
					Derecho de defensa	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia T-416/99
48	0002-10-SEE-CC (13 enero 2010)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC-8/87	
49	0004-10-SEE-CC	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Control constitucional de estados de excepción	Doctrina	Transcripción fragmento de Eduardo Cifuentes Muñoz	
50	0005-10-SEE-CC (24 febrero 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de Excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC-08/87	
51	004-10-SCN-CC (25 febrero 2010)	Nina Pacari Vega	Colombia	Mecanismos de defensa judicial de la Constitución	Tradicción y costumbre	Referencia genérica a la tradición en la defensa judicial de la CP	
					Constitución	Referencia genérica a la Constitución de 1991	
				Cosa juzgada	Constitución Política	Transcripción literal del artículo 243	
					Jurisprudencia constitucional	Sentencias C-527/94 y C-037/94	
				Presunción de inocencia	Doctrina	Citación de Orlando Alfonso Rodríguez	

Anexos

				Control concreto de constitucionalidad	Doctrina	Citación de doctrina, sin individualizar autor ("profesor de derecho constitucional y expresidente del Tribunal Constitucional de Colombia")
52	003-10-SCN-CC (25 febrero 2010)	Nina Pacari Vega	Colombia	Doble instancia	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Citación de sentencias T-474/92 y C-411/97
53	001-10-SIN-CC (18 marzo 2010)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Derechos de comunidades indígenas y consulta previa de comunidades indígenas	Jurisprudencia de la Corte IDH	Cita de sentencias en casos Sawhoymaxa vs Paraguay, Saramaka vs Surinam, Yakye Axa, Awas Tingni vs Nicaragua.
54	0006-10-SEE-CC (25 marzo 2010)	Edgar Zárate Zárate	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinion Constltiva	Cita de Opinión Consultiva OC 8/87
55	0007-10-SEE-CC (25 marzo 2010)	Edgar Zárate Zárate	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 8/87
56	0008-10-SEE-CC (25 marzo 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Orden Público	Doctrina	Cita de José Gregorio Hernández
57	0009-10-SEE-CC (25 marzo 2010)	Patricio Pazmiño Freire	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita y transcripción de Opinión Consultiva OC-08/87
58	0010-10-SEE-CC (8 abril 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita y transcripción de Opinión Consultiva OC-08/87
59	0002-10-SIN-CC (8 abril 2010)	Patricio Herrera Betancourt	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Igualdad y no discriminación	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción de sentencia no individualizada
60	0011-10-SEE-CC (29 abril 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Orden Público	Doctrina	Cita de José Gregorio Hernández
61	023-10-SEP-CC (11 mayo 2010)	Nina Pacari Vega	Colombia	Principio de igualdad	Doctrina	Cita de Carlos Bernal Pulido
			Corte Interamericana de Derechos Humanos	Principio de igualdad y no discriminación	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción de sentencia no individualizada
62	012-10-SEE-CC (18 mayo 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Orden Público	Doctrina	Cita de José Gregorio Hernández
63	014-10-SEE-CC	Manuel Viteri Olvera	Colombia	Orden Público	Doctrina	Cita de José Gregorio Hernández
64	011-10-SIS-CC (10 junio 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 89 C.P.
65	013-10-SCN-CC (10 junio 2010)	Nina Pacari Vega	Colombia	Mecanismos de defensa judicial de la Constitución	Tradicción y costumbre constitucional	Referencia genérica a la tradición y costumbre constitucional
					Constitución	Referencia genérica a la Constitución Política
					Cosa juzgada constitucional	Constitución Política

					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Cita de sentencias C-527/94 y C-037/94
				Reformatio in pejus	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia genérica a la sentencia T-474/92
66	015-10-SEE-CC (8 julio 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC-08/87
67	007-10-SIN-CC (15 julio 2010)	Patricio Pazmiño Freire	Colombia	Argumentación constitucional	Doctrina	Carlos Bernal Pulido
				Cargas argumentativas en demandas de inconstitucionalidad	Jurisprudencia Corte Constitucional	Cita de sentencias C-115/06 y C-1299/05
68	012-10-DTI-CC (24 junio 2010)	Nina Pacari Vega	Colombia	Control constitucional de tratados internacionales	Jurisprudencia Corte Constitucional	Transcripción de sentencia (no se individualiza)
69	033-10-SEP-CC (29 julio 2010)	Edgar Zárate Zárate	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Debido proceso	Jurisprudencia Corte IDH	Referencia genérica a la jurisprudencia
70	024-10-SCN-CN (24 agosto 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Derecho de defensa	Sentencias Corte IDH	Transcripción y cita de sentencias en casos Barreto Leiva vs Venezuela y Cantos vs Argentina.
71	002-10-SIS-CC (9 septiembre 2010)	Patricio Herrera Betancourt	Colombia	Interpretación constitucional	Doctrina	Arturo Hoyos
				Distinción entre reglas y principios	Doctrina	César Rodríguez Garavito
72	017-10-SCN-CC (5 agosto 2010)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Doble instancia	Jurisprudencia de Corte Constitucional	Mención de sentencias C-377/02, C-153/95 y C-742/99
73	035-10-SEP-CC (24 agosto 2010)	Edgar Zárate Zárate	España	Derecho de defensa	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	Transcripción de sentencia St 78/92 del 25 de mayo de 1992
74	024-10-SCN-CC (24 agosto 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Derecho de defensa	Jurisprudencia Tribunal Constitucional	Citación de sentencia T-025/09
				Derecho a la tutela judicial efectiva	Jurisprudencia Tribunal Constitucional	Transcripción de sentencias STC – 18 de junio 91 (RA 4473), y STS – 13 de noviembre de 1985 (RA 5606)
75	015-10-SIS-CC (23 septiembre 2010)	Freddy Donoso Páramo	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Tutela judicial efectiva	Jurisprudencia de Corte IDH	Citación de sentencias en casos Castañeda Gutman vs México (6 agosto 2008), Acevedo Buendía vs Perú (1 julio 2009) y Tribunal Constitucional vs Perú (31 enero 2001)
					Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 9/87
76	0016-10-SIS-CC (23 septiembre 2010)	Edgar Zárate Zárate	Colombia	Cumplimiento sentencias de la Corte Constitucional	Doctrina	Citación de Humberto Sierra Porto
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción sentencia T-190/02
77	017-10-SIS-CC	Fabián	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 88 C.P.

Anexos

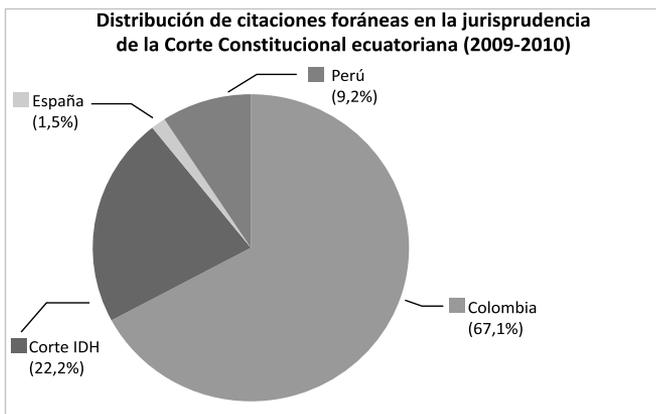
77	(23 septiembre 2010)	Sancho Lobato	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del artículo 88 C.P.	
					Asamblea Constituyente	Transcripción fragmento de discurso de asambleísta	
					Jurisprudencia del Consejo de Estado	Transcripción de fragmento de sentencia no individualizada	
					Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Referencia a sentencia T-157/98 y del auto del 10 de diciembre de 1992	
		Perú	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción del art. 200 C.P.		
		Corte Interamericana de Derechos Humanos	Cumplimiento y ejecución de sentencias	Jurisprudencia de la Corte IDH	Referencia genérica de la Corte IDH		
78	0017-10-SEE-CC (8 julio 2010)	Fabián Sancho Lobato	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva OC 08/87	
79	049-10-SEP-CC (21 octubre 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Colombia	Debido proceso	Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción de fragmento de sentencia C-383/00	
80	038-10-DTI-CC (11 noviembre 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Tratado internacional	Doctrina	Cita de Marco Gerardo Monroy Cabra	
81	040-10-DTI-CC (11 noviembre 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Colombia	Tratado internacional	Doctrina	Cita de Marco Gerardo Monroy Cabra	
82	0024-10-SIS-CC (18 noviembre 2010)	Fabian Sanchez Lobato	Colombia	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Transcripción de artículo 87 C.P.	
						Asamblea Constituyente	Fragmento de discurso de asambleísta
						Jurisprudencia del Consejo de Estado	Transcribe fragmento de sentencia pero no la individualiza
						Jurisprudencia de la Corte Constitucional	Transcripción del auto del 10 de diciembre de 1992 y de sentencia C-157/98
		Perú	Acción por incumplimiento	Constitución Política	Citación de Beatriz Londoño Toro		
					Transcripción art. 200 C.P.		
83	025-10-SIS-CC (18 noviembre 2010)	Nina Pacari Vega	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Derecho a la tutela judicial efectiva	Jurisprudencia de la Corte IDH	Referencia genérica a la Jurisprudencia de la Corte IDH.	
84	029-10-SCN-CC (18 noviembre 2010)	Nina Pacari Vega	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Presunción de inocencia	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción de sentencia en caso Guillermo José Maqueda vs Argentina	
85	019-SEE-CC (25 noviembre 2010)	Alfonso Luz Yunes	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Estados de excepción	Opinión Consultiva	Cita de Opinión Consultiva 08/87	
86	031-10-SCN-CC (2 diciembre 2010)	Manuel Viteri Olvera	Colombia	Derecho a la igualdad	Doctrina	Cita de Carlos Bernal Pulido	
						Cita de Humberto Antonio Sierra Porto	

87	001-10-PJO-CC (22 diciembre 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Cumplimiento y ejecución de sentencias	Jurisprudencia de la Corte IDH	Transcripción de sentencias en casos Baena Ricardo y otros, y Acevedo Jaramillo
----	-----------------------------------	-------------------------	--	--	--------------------------------	---

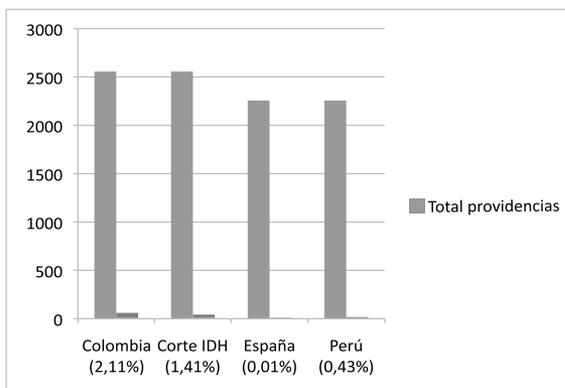
ANEXO 11

CITACIÓN DE SISTEMAS CONSTITUCIONALES FORÁNEOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Cuadro 1
Distribución de citaciones de sistemas constitucionales colombiano, español, peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (2009 – 2010)



Cuadro 2
Proporción de sentencias con citación del sistema constitucional colombiano, interamericano, español y peruano en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana (2009 – 2010).



ANEXO 12

CITACIÓN EXPLÍCITA DEL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO EN LOS FALLOS JUDICIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1992-2010)

	Sentencia	Magistrado Ponente	Tema objeto de citación	Fuente citada	Forma de citación
1	C-344/93	Jorge Arango Mejía	Desheredamiento	Código Civil.	Referencia genérica al art. 83 del Código Civil
2	C-590/05	Jaime Córdoba Triviño	Tutela contra sentencias	Constitución Política	Referencia genérica a la Constitución
3	C-674/05	Rodrigo Escobar Gil	Violencia intrafamiliar	Legislación	Referencia genérica a la legislación en materia penal y administrativa
4	C-355/06	Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández	Aborto	Legislación	Referencia genérica a la legislación
5	C-1266/08	Mauricio Gonzalez Cuervo	Estatura como factor para acceder a cargo público	Discusiones en la Asamblea Constituyente	Transcripción de discurso en la Asamblea Constituyente
6	C-174/09	Jorge Iván Palacio Palacio	Licencia de paternidad	Legislación	Referencia genérica a la legislación
7	C-663/09	Jorge Ignacio Pretelt Chaljub	Licencia de paternidad	Legislación	Referencia a la sentencia C-174/09, que cita legislación ecuatoriana (referencia indirecta)
8	C-728/09	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo	Objeción de conciencia en la prestación del servicio militar	Jurisprudencia	Referencia y transcripción de la Resolución n.º 0035-2006-TC del Tribunal Constitucional. Referencia de demandantes e intervinientes.

ANEXO 13

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR SOBRE ESTADOS DE EXCEPCIÓN
2008 – 2011

	Sentencia	Decreto objeto del pronunciamiento			Caso	Declaratoria en sentencia	
		Decl.	Prórroga	Medida		C	I
1	001-08-SEE-CC	X Decreto 1440/08			Petroecuador y filiales	X	
2	001-09-SEE-CC	X Decreto 1544/09			Petroecuador y filiales	X	
3	002-09-SEE-CC	X Decreto 1693/09			Fiebre porcina	X	
4	003-09-SEE-CC	X (Decretos 1680 y 1838º/09)		X	Petroecuador y filiales	X	
5	004-09-SEE-CC	X (Decreto 69/09)		X	Presas la Esperanza y Poza Honda	X	
6	005-09-SEE-CC	X Decreto 82/10			Seguridad Quito, Guayaquil y Manta	X	
7	005-09-SIN-CC			X (Decreto 1544/09)	Petroecuador y filiales	X	
8	001-10-SEE-CC	X (Decreto 124/09)		X	Sector eléctrico	X	
9	002-10-SEE-CC	X (Decreto 146/09)		X	Sequía y déficit hídrico	X	
10	003-10-SEE-CC	X (Decreto 101/09)		X	Petroecuador y filiales	X	
11	004-10-SEE-CC	X (Decreto 228/10)		X	Petroecuador y filiales	X	
12	005-10-SEE-CC	X (Decreto 230/10)		X	Abastecimiento de agua en Manabí. Managéneración, La Esperanza y Poza Honda	X	
13	006-10-SEE-CC	X (Decreto 107/09)		X	Laguna de Yahuarcocha	X	
14	0007-10-SEE-CC	X (Decreto 244/10)		X	Sector eléctrico	X	
15	0008-10-SEE-CC	X (Decreto 245/10)		X	Erupción volcán Tungurahua	X	
16	0009-10-SEE-CC	X (Decreto 246/10)		X	Déficit hídrico y sequía	X	
17	0010-10-SEE-CC	X (Decreto 254/10)		X	Déficit hídrico en Carchi	X	
18	0011-10-SEE-CC	X (Decreto 256/10)		X	Ola invernal en Esmeraldas	X	
19	0012-10-SEE-CC	X (Decreto 292º/10)		X	La Esperanza y Poza Honda. Sequía	X	
20	013-10-SEE-CC			X (Decreto 316/10)	Sector eléctrico	X	
21	014-10-SEE-CC	X (Decreto 317/10)		X	Ola invernal en Napo	X	
22	015-10-SEE-CC	X (Decreto 389/10)		X	Zona 1 de La Josefina de la Provincia del Azuay	X	
23	0016-SEE-CC	X (Decreto 365/10)		X	Embalses La Esperanza y Poza Honda	X	
24	0017-10-SEE-CC	X (Decreto 488/10)		X	Hechos del 30 de septiembre	X	
25	018-SEE-CC	X (Decreto 460/10)		X	Embalses La Esperanza y Poza Honda	X	
26	019-SEE-CC	X (Decreto 500/10)		X	Hechos del 30 de septiembre	X	

C = Declaratoria de constitucionalidad
I = Declaratoria de inconstitucionalidad

ANEXO 14

**SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
SOBRE ESTADOS DE EXCEPCIÓN
2008 - 2011**

Sentencia	Decreto objeto de control constitucional			Temática del decreto	Decisión Corte	
	Decl. EE	Prór. EE	Medida		C	I
1	C-070/09	X D.L. 3929/08				X
2	C-071/09			X		X
3	C-073/09			X D.L. 3990/08		X
4	C-135/09	X D.L. 4333/08			X	
5	C-136/09			X D.L. 4335/08		X IP
6	C-145/09			X D.L. 4334/08		X IP
7	C-146/09			X D.L. 4490/08	X	
8	C-172/09			X D.L. 4591/08	X	
9	C-176/09	X D.L. 021/09				X
10	C-224/09			X D.L. 4336/08		X IP
11	C-225/09			X D.L. 4449/08		X
12	C-226/09			X D.L. 4450/08		X
13	C-226/09 (1)			X D.L. 4450/08		X
14	C-239/09			X D.L. 4685/08		X
15	C-254/09	X D.L. 4704/08				X
16	C-255/09			X D.L. 4843/08		X
17	C-257/09			X D.L. 4789/08		X

Anexos

18	C-283/09			X D.L. 4704/08	Medidas de intervención del gobierno nacional en negocios, operaciones y patrimonio de personas que participan en operaciones de captación o recaudo de recursos del público de manera ilegal		X
19	C-284/09			X D.L. 044/09	Medidas para garantizar competencias de la Superintendencia Financiera destinadas a evitar la captación y recaudo de recursos del sistema financiero de manera ilegal		X
20	C-252/10	X D.L. 4975/09			Declara estado de emergencia social en el sistema de salud		X
21	C-253/10			X D.L. 127/10	Medidas tributarias destinadas a liberar recursos al sistema de salud		X ED
22	C-254/10			X D.L. 4976/09	Medidas para liberar recursos al sistema de salud		X
23	C-466/95	X D.L. 1370/95			Incremento significativo e intempestivo de la delincuencia organizada y la congestión en la justicia que impide enfrentarla		X
24	C-255/10			X D.L. 133/10	Medidas para garantizar la prestación de los servicios en el sistema de salud		X
25	C-288/10			X D.L. 128/10	Medidas para garantizar prestaciones adicionales en el sistema de salud		X
26	C-289/10			X D.L. 288/10	Creación del Sistema Técnico Científico en Salud y reglamentación de la autonomía profesional en el sistema de salud		X
27	C-290/10			X D.L. 075/10	Medidas para la eficiente y ágil solución de controversias entre entidad y organismos del sistema de salud		X
28	C-291/10			X D.L. 129/10	Medidas para el control a la evasión y elusión de cotización y aportes al sistema de salud		X
29	C-292/10			X D.L. 135/10	Distribución de recursos para fortalecimiento de política nacional para la reducción de consumo de sustancias psicoactivas		X
30	C-297/10			X D.L. 134/10	Adición al Presupuesto General de la Nación para enfrentar crisis en el sistema de salud		X ED
31	C-298/10			X D.L. 074/10	Medidas respecto del Fondo de Seguro Obligatoria de Accidentes de Tránsito y su incidencia en el sistema de salud		X
32	C-302/10			X D.L. 126/10	Medidas de inspección, vigilancia y control, y medidas disciplinarias y penales para la lucha contra la corrupción en el sistema de salud		X
33	C-332/10			X D.L. 332/10	Medidas para liberar recursos al sistema de salud, de recursos provenientes de los juegos de suerte y azar		X
34	C-374/10			X D.L. 132/10	Medida para administrar y optimizar flujo de recursos para el régimen subsidiado de salud		X
35	C-399/10			X D.L. 073/10	Medidas para liberar recursos de saldos excedentes del situado fiscal y del sistema general de participaciones, y destinarlos a la atención de la población pobre no asegurada y los eventos no cubiertos por el POS del régimen subsidiado		X
36	C-843/10	X D.L. 2693/10			Declara el estado de emergencia social por rompimiento de las relaciones con Venezuela		
37	C-884/10	X D.L. 2694/10		X	Establecimiento de medidas tributarias para estimular actividad económica en municipios que limitan con Venezuela	X	
38	C-911/10			X D.L. 2799/10	Extensión de beneficios tributarios a favor de los municipios limítrofes con Venezuela, dada la interrupción de las relaciones con dicho país	X	

39	C-912/10			X D.L. 3148/10	Extensión de beneficios tributarios a favor de los municipios limítrofes con Venezuela, dada la interrupción de relaciones con dicho país	X	
40	C-216/11	X D.L. 20/11			Declara nuevo estado de emergencia por ola invernal y el fenómeno de La Niña		X
41	C-217/11			X D.L. 016/11	Medidas en materia de contratación de mano de obra para enfrentar ola invernal		X
42	C-218/11			X D.L. 017/11	Medidas en materia de salud para enfrentar la ola invernal		X
43	C-219/11			X D.L. 015/11	Establecimiento de límites máximos de velocidad para garantizar la seguridad vial en medio de la ola invernal		X
44	C-240/11			X D.L. 4831/10	Redistribución de recursos del Fondo Nacional de regalías para financiación de proyectos para la rehabilitación de zonas afectadas por ola invernal	X CC	
45	C-241/11			X D.L. 4703/10	Medidas para asegurar fuentes de financiación para atención de la ola invernal	X CC	
46	C-242/11			X D.L. 4820/10	Medidas que dispone la enajenación de la participación accionaria de la Nación a Ecopetrol, para enfrentar la ola invernal		X
47	C-243/11			X D.L. 4825/10	Medidas tributarias para enfrentar ola invernal (Impuesto al patrimonio)	X CC	
48	C-244/11			X D.L.: 4832/10	Medidas en materia de vivienda para atender la ola invernal	X	
49	C-245/11			X D.L. 127/11	Medidas en materia de inversión de recursos en el sistema educativo, para atender la ola invernal		X
50	C-246/11			X D.L. 146/11	Medidas para asegurar la eficiencia y el control en el manejo de los recursos públicos destinados a la atención de la ola invernal		X
51	C-251/11			X D.L. 4819/10	Creación del Fondo Adaptación en beneficio de los damnificados de la ola invernal	X	
52	C-252/11			X D.L. 130/11	Creación del empleo de emergencia para atender la ola invernal		X
53	C-253/11			X D.L. 144/11	Medidas sobre la actuación de las autoridades departamentales y municipales en la atención del fenómeno de La Niña		X
54	C-254/11			X D.L. 126/11	Medidas en materia de riesgos, seguro agropecuario y crédito agropecuario para atender la ola invernal		X
55	C-255/11			X D.L. 128/11	Medidas tributarias en beneficio de los damnificados del fenómeno de La Niña		X
56	C-256/11			X D.L. 129/11	Medidas en materia de servicios públicos domiciliarios en beneficio de los damnificados del fenómeno de La Niña		X
57	C-257/11			X D.L. 143/11	Medidas de prevención de desastres y daños por ola invernal		X
58	C-264/11			X D.L. 142/11	Medidas en materia de aseguramiento de riesgos relacionados con la ola invernal		X

C = Declaratoria de constitucionalidad.
 I= Declaratoria de inconstitucionalidad.
 CC= Declaratoria de constitucionalidad condicionada.
 ED= Declaratoria de inconstitucionalidad con efectos diferidos.
 D.L.= Decreto Legislativo.
 Decl. EE = Declaratoria de estado de excepción.
 Prór. EE = Prórroga de estado de excepción

ANEXO 15

**CUADRO COMPARATIVO DE REGLAS JURISPRUDENCIALES DE LAS CORTES
CONSTITUCIONALES DE COLOMBIA Y ECUADOR, EN MATERIA DE CONTROL CONSTITUCIONAL
A LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN**

Tipo de control	Problemas jurídicos abordados por el juez constitucional	Ecuador	Colombia
Control formal de declaratoria o prórroga de EE	¿La Corte Constitucional puede subsanar el requisito de mención expresa de la causal que da lugar a la declaratoria del EE?	Sí, dada la prevalencia del derecho sustancial y la necesidad de enfrentar las causas que dan lugar a la declaratoria del EE	No, debido a la interpretación restrictiva de los EE
	¿Se entiende cumplido el requisito de la justificación con la mención de los hechos constitutivos del EE y la mención de su gravedad?	Sí, dada la prevalencia del derecho sustancial, y dado que normalmente los hechos que dan lugar a la declaratoria del EE son hechos notorios.	No, pues se debe acreditar los hechos constitutivos del EE y la configuración del presupuesto objetivo del mismo.
	¿Es válida la justificación implícita?	Sí, dada la prevalencia del derecho sustancial y la necesidad de enfrentar las causas que dan lugar a la declaratoria del EE	No, debido a la interpretación restrictiva de los EE
	¿Es subsanable el vicio de carencia de justificación del decreto que declara o prórroga el EE?	Sí, dada la prevalencia del derecho sustancial y la necesidad de enfrentar las causas que dan lugar a la declaratoria del EE	No, debido a la interpretación restrictiva de los EE
	¿La falta de mención del ámbito temporal de la declaratoria del EE, es subsanable por la Corte Constitucional?	Sí, debido a que los plazos constitucionales operan en defecto de definición en el decreto que declara el EE.	No, debido a la interpretación restrictiva del EE
	¿La falta de mención del ámbito territorial de la declaratoria del EE, es subsanable por la Corte Constitucional?	Sí, debido a que el ámbito temporal establecido en la Constitución (nacional) opera en defecto de definición en el decreto que declara el EE	No, debido a la interpretación restrictiva del EE
	¿La falta de mención de los derechos susceptibles de ser limitados o suspendidos acarrea la inconstitucionalidad del decreto que declara el EE?	No, por cuanto no siempre se puede definir de antemano cuáles derechos serán limitados o subsanados, a pesar de que la Constitución sí lo exige.	No, pues la Constitución no lo exige
¿La Corte Constitucional debe abstenerse de hacer un control formal de los decretos cuyo contenido coincide con otro sobre cuya constitucionalidad existe un pronunciamiento previo?	Sí, en virtud de la obligatoriedad del precedente judicial, y en virtud del principio de economía	No, en la medida en que toda declaratoria o prórroga requiere del respectivo control constitucional	
Control material de la declaratoria o prórroga del EE	¿La Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de la declaratoria de un estado de excepción, cuando la crisis que la origina es el resultado de la falta de uso de los mecanismos ordinarios del Estado?	No, ya que el criterio que debe tener en cuenta la Corte es la existencia de un hecho grave que requiera atención urgente, independientemente de la actuación pretérita del Estado	No, en la medida en que el EE no puede sustituir el régimen ordinario
	¿La Corte Constitucional debe declarar la constitucionalidad de un decreto que prórroga el EE, cuando el gobierno nacional ha actuado de manera negligente en la atención del respectivo EE declarado anteriormente?	Sí, por cuanto el criterio para decidir es la necesidad de enfrentar y superar la crisis que dio lugar a la declaratoria	No, por cuanto el EE no puede prolongarse indefinidamente por la mera negligencia del Estado en la atención de las causas que dieron lugar al EE
	¿Se puede extender el estado de excepción cuando persisten las causas que dieron lugar a la declaratoria, pero ha vencido el plazo constitucional?	Sí, en cuanto el principio de necesidad prevalece sobre el principio de temporalidad	No, porque se trata de plazos fijos de rango constitucional, y debido a la interpretación restrictiva del EE
	¿La Corte Constitucional debe abstenerse de hacer un control	Sí, en virtud de la obligatoriedad del precedente judicial, y en virtud	No, en la medida en que toda declaratoria o

	material de los decretos cuyo contenido coincide con otro sobre cuya constitucionalidad existe un pronunciamiento previo?	del principio de economía procesal	prórroga requiere del respectivo control constitucional
	¿La Corte Constitucional debe verificar los hechos alegados por el gobierno en el decreto que declara el EE, así como los presupuestos objetivos que configuran la respectiva causal?	No, ya que normalmente se trata de hechos notorios que no requieren de prueba específica, y ya que la calificación de dichos hechos (como su gravedad) corresponde al gobierno nacional	Sí, pues la Constitución asigna a la Corte la competencia para realizar un control material de las declaratorias.
	¿La Corte Constitucional puede declarar la constitucionalidad de estados de emergencia que sean el resultado de problemas de tipo estructural y sistemático?	Sí, porque el criterio es la gravedad de los hechos constitutivos del EE, independientemente de su origen o causa.	No, pues los problemas estructurales deben ser enfrentados mediante los mecanismos ordinarios del Estado y no mediante facultades excepcionales. Los hechos deben ser sobrevinientes, súbitos e imprevistos.
	¿Se puede declarar la constitucionalidad de la conmoción interna preventiva, es decir, cuando aún no se presentan los hechos constitutivos de dicha causal, sino únicamente la probabilidad hipotética de una conmoción?	Sí, pues la Corte Constitucional no puede obstaculizar la actuación preventiva del Estado.	No, porque según la Constitución la conmoción debe ser actual y no meramente hipotética.
	¿El requisito de la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios se entiende cumplido por la verificación de la existencia de una crisis? ¿El requisito se entiende subsumido por el de la existencia de una crisis?	Sí, pues si existe una crisis es justamente porque los mecanismos ordinarios del Estado no han sido idóneos y eficaces. Por consiguiente, la Corte presume el cumplimiento del requisito con la verificación de la existencia de una crisis	No, pues es posible que la crisis sea el resultado de que el Estado no haya hecho uso de los mecanismos ordinarios, o de que no haya implementado adecuadamente dichas medidas.
	¿La Corte Constitucional debe verificar la eficacia de las medidas efectuadas para efectos de permitir la prórroga?	No, pues la persistencia de la crisis es prueba de la necesidad de prorrogar el EE	Sí, pues cuando la subsistencia de la crisis es el resultado del mal manejo del EE, no es viable su prórroga.
Control formal de medidas	¿La Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las medidas adoptadas con posterioridad al vencimiento del estado de excepción?	No, pues cuando persiste la causa que da lugar a la declaratoria, prevalece el principio de necesidad	Sí, dada la interpretación restrictiva de los estados de excepción y los términos perentorios que expresamente establece la Constitución
Control material de las medidas	¿La Corte Constitucional debe verificar mediante criterios técnicos que las medidas adoptadas con fundamento en un EE son idóneas y eficaces para superar las causas que dieron lugar a la declaratoria?	No, pues se presume la idoneidad y eficacia de las medidas adoptadas por el gobierno	Sí, pues la Corte debe efectuar un examen material de las medidas.
	¿La Corte Constitucional debe verificar la relación directa de conexidad temática, sistemática y teleológico entre las causas que dieron lugar a la declaratoria del EE y las medidas adoptadas con fundamento en este?	No, pues basta que la medida contribuya de cualquier modo a la superación de la crisis	Sí, dado el carácter restrictivo de los EE y la obligación de la Corte de efectuar un control material de las medidas.
	¿Las medidas adoptadas con fundamento en un EE deben ser sometidas al test estricto de proporcionalidad?	No	Sí, dado el carácter restrictivo de los EE
	¿Se debe declarar la constitucionalidad de una medida que aunque tiene como efecto colateral la conjuración de la crisis, tiene un objeto más amplio Y con efecto colaterales?	Sí, pues el criterio relevante es que las medidas tengan por objeto conjurar la crisis que dio lugar a la declaratoria	No, dado que las medidas deben ser específicamente dirigidas a conjurar la crisis (requisito de especificidad)
	¿Las medidas adoptadas con fundamento en un estado de	Sí, pues precisamente se trata de un régimen excepcional que	No, pues expresamente la Constitución prohíbe

Anexos

	excepción pueden alterar los principios constitucionales básicos sobre la estructura y funcionamiento del Estado?	autoriza al gobierno nacional a sustraerse del cumplimiento de las normas que rigen ordinariamente	alterar las reglas básicas sobre la organización y funcionamiento del Estado
	¿Deben ser declaradas inconstitucionales las medidas adoptadas con fundamento en un estado de excepción que podían ser acogidas mediante los mecanismos ordinarios del Estado?	No, pues el criterio constitucionalmente relevante es que la medida esté encaminada y tenga por objeto conjurar la crisis que dio lugar a la declaratoria	Sí, dado el principio de necesidad

ANEXO 16

INVENTARIO DE FALLOS JUDICIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR CON MENCIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD O DE LA PONDERACIÓN

	n.º de auto o sentencia	Juez ponente	Problemática a la que se aplica la metodología	Pretensión específica en la acción
1	1580-2008-RA	Freddy Donoso Páramo	No se especifica	Cuestionamiento de resolución que impone sanción disciplinaria y da de baja de institución policial a uno de sus miembros
2	002-08-SI-CC (10 diciembre 2008)	Roberto Bhrunis Lemarie	Ponderación entre el artículo 207 CP (que establece que el CPCCS es integrado por los ganadores de concurso realizado por CNE) y el régimen de transición (que dice que el CPCCS de transición es designado por concurso realizado por Comisión Legislativa)	Se solicita determinar el órgano encargado de realizar el concurso para la designación de miembros del CPCCS de transición
3	001-09-SEP-CC (31 marzo 2009)	Robert Bhrunis Lemarie	No se especifica el conflicto. Se anuncia aplicación del test de razonabilidad, pero no se aplica	Se solicita revocar sentencia del TCE por vulneración de derechos de participación política
4	0040-2007-TC (31 marzo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	No se especifica el conflicto. Se estudia proporcionalidad de medida para determinar constitucionalidad	Se estudia constitucionalidad de normas legales que prohíbe a los reincidentes la libertad condicional y la libertad controlada
5	0002-09-SEE-CC (5 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	No se especifica el conflicto. Se estudia proporcionalidad de medidas en estado de excepción por la amenaza del virus de la influenza porcina, pero no se aplica el test de proporcionalidad	Se estudia constitucionalidad de decreto de estado de excepción por amenaza de influenza porcina
6	0002-2009-HD (6 mayo 2009)	Luis Jaramillo Gavilanes	No se especifica	Se solicita corrección de información crediticia de supuesto crédito castigado
7	001-09-SEP-CC (14 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Ponderación entre principio de legalidad y derechos de las víctimas	Se consulta sobre la constitucionalidad del artículo 80 y 210 CPP, que autorizan a practicar pruebas a los jueces en casos de urgencia, y que ordenan la ineficacia de pruebas que han sido prácticas lesionando las garantías constitucionales.
8	003-09-SEP-CC (14 mayo 2009)	Nina Pacari Vega	Propone teoría del contenido esencial de los derechos como alternativa a la ponderación	Controvierte decisión judicial en asunto laboral
9	005-09-SEP-CC (14 mayo 2009)	Edgar Zárate Zárate	Propone aplicación del juicio de razonabilidad de sentencia, pero no se aplica	Se controvierte decisión judicial del TCE por supuesta vulneración de los derechos de participación política y el debido proceso
10	006-09-SEP-CC (19 mayo 2009)	Edgar Zárate Zárate	Propone aplicación del juicio de razonabilidad pero no se aplica	Se controvierte decisión judicial de jurisdicción de lo contencioso administrativo por vulneración del derecho al debido proceso
11	008-09-SEP-CC (19 mayo 2009)	Roberto Bhrunis Lemarie	Propone aplicación del juicio de razonabilidad pero no se aplica	Se controvierte decisión del TCE por vulneración de los derechos de participación política
12	009-09-SEP-CC (19 mayo 2009)	Manuel Viteri Olvera	Principio de celeridad en la función judicial, y derecho de defensa	Se solicita revocar auto definitivo que ordena celebración de audiencia de prueba y juzgamiento sin testigos, que se encuentran en el extranjero
13	0344-10-EP-sa (2 junio 2010)	Nina Pacari Vega	Ponderación entre derechos de la madre y derechos e interés superior del niño	Sentencia en proceso civil que concede permiso de salida del país

Anexos

14	012-09-SEP-CC (14 julio 2009)	Nina Pacari Vega	Se propone la teoría del contenido esencial de los derechos como alternativa a la ponderación	Controvierte procesos judicial por falta de notificación
15	012-09-SEP-CC (14 julio 2009)	Ninca Pacari Vega	Propone teoría del contenido esencial de los derechos por oposición a la ponderación	Controvierte proceso judicial por falta de notificación
16	0004-09-SAN-CC (24 septiembre 2009)	Patricio Pazmiño Freire	Principio de legalidad y derecho a la igualdad	Se solicita ejecución de Mandato Constitucional que otorga Amnistía a perseguido político por delitos comunes
17	0004-09-SEE-CC (8 octubre 2009)	Alfonso Luz Yunes	Se propone analizar razonabilidad de medidas adoptadas en estado de excepción, pero no se aplica	Se analiza constitucionalidad de medidas adoptadas en desarrollo de un estado de excepción (como militarización de Managéneración).
18	0022-2009-RA (12 noviembre 2009)	Nina Pacari Vega y Roberto Bhrunis Lemarie	Obligación de cumplimiento de la ley y deber de obediencia en instituciones militares	Se controvierte acto administrativo que sanciona a militar por supuesta desobediencia a órdenes del superior
19	003-10-SEP-CC (13 enero 2010)	Ruth Seni Pinoargote	Se propone teoría del contenido esencial de los derechos como alternativa a la ponderación	Se controvierte sentencia en asunto laboral, por violación a la seguridad jurídica y al debido proceso, por falta de motivación
20	002-10-SEP-CC	Edgar Zárate Zárate	No se especifica	Se enuncia la necesidad de utilizar la ponderación en casos de conflicto de derechos, pero no se realizar ejercicio ponderativo
21	002-10-SEP-CC (13 enero 2010)	Ruth Seni Pinoargote, Patricio Pazmiño Freire y Alfonso Luz Yunes	No se especifica	Se controvierte sentencia en asunto penal, por vulneración del derecho al debido proceso
22	0002-10-SEE-CC (13 enero 2010)	Patricio Pazmiño Freire	No se especifica. Se propone análisis de proporcionalidad de medidas adoptadas en estado de excepción por sequía en Manabí, pero no se aplica.	Se estudia constitucionalidad de decreto de estado de excepción por sequía en Manabí
23	0003-10-SEE-CC (11 febrero 2010)	Manuel Viteri Olvera	No se especifica	Se estudia constitucionalidad de estado de excepción a la luz del principio de proporcionalidad, pero no se realiza el test
24	0004-10-SEE-CC (24 febrero 2010)	Edgar Zárate Zárate	No se especifica	Se estudia constitucionalidad de decreto de estado de excepción (Petroecuador)
25	0029-06-TC (23 marzo 2010)	Patricio Herrera Betancourt	Se propone ponderación entre el derecho al trabajo y la igualdad, frente a la prevalencia del bien común	Se cuestiona la constitucionalidad de las normas legales que imponen limitaciones a la distribución de utilidades entre empleadores de empresas del Estado, por la vulneración del derecho al trabajo y el derecho a la igualdad
26	0007-10-SEE-CC (25 marzo 2010)	Edgar Zárate Zárate	No se especifica	Se estudia constitucionalidad de decreto de estado de excepción eléctrica. Se estudia proporcionalidad de medidas, pero no se efectúa el test
27	0365-10-EP-sa (9 agosto 2010)	Alfonso Luz Yunes	No se especifica	Se controvierte auto que fija monto de la pensión alimentaria
28	024-10-SCN-CC (24 agosto 2010)	Roberto Bhrunis Lemarie	Se propone ponderación entre la necesidad de culminar procesos y eficiencia procesal, frente al derecho al debido proceso	Se consulta la constitucionalidad de una disposición de la Ley de Transporte que permite de manera excepcional llevar a cabo audiencia de juzgamiento sin la presencia de imputado
29	002-10-SIC-CC (9 septiembre 2010)	Patricio Herrera Betancour	No se especifica	Se solicita interpretación de normas constitucionales sobre hipótesis a las que se aplican las restricciones a la reelección en cargos de elección popular
30	1149-10-EP-sa (13 sept 2010)	Manuel Viteri Oliveira	Se propone ponderación entre principio de celeridad procesal y derecho de defensa	Se controvierte auto que declara abandono de querrela en proceso penal
31	019-SEE-CC	Alfonso Luz Yunes	No se especifican. Se estudia	Se determina constitucionalidad de

	(15 noviembre 2010)		proporcionalidad de medidas adoptadas en estado de excepción, pero no se aplica el test	decreto que declara el estado de excepción pro caso del 305
32	1322-10-EP-sa (30 nov 2010)	Alfonso Luz Yunes	No se especifican	Ser controvierte sentencia en acción de protección que valida acto administrativo que pone fin a concesión minera
33	1499-10-EP-sa (18 nov 2010)	Patricio Herrera Betancourt	Se propone ponderación entre el ilícito cometido y sanción impuesta	Sentencia en proceso penal que absuelve a los procesados

ANEXO 17

INVENTARIO DE FALENCIAS EN LA UTILIZACIÓN DEL TEST DE RAZONABILIDAD Y DE LA PONDERACIÓN FRENTE A SU FORMULACIÓN CLÁSICA

	Formulación clásica en la doctrina	Comprensión y utilización en la Corte Constitucional del Ecuador
1	Son metodologías potencialmente aplicables en todas las áreas del Derecho	Son metodologías que responden exclusivamente a las especificidades y peculiaridades del derecho constitucional
2	Son metodologías estructuradas y utilizadas a lo largo del siglo XX, con antecedentes en las propuestas utilitaristas y consecuencialistas del siglo XIX	Son metodologías recientes del constitucionalismo contemporáneo
3	La ponderación es una metodología para resolver conflictos entre principios que tienen la misma jerarquía y que no pueden ser resueltos a través de otros criterios.	Son métodos de interpretación del derecho
4	Ni el test de razonabilidad ni la ponderación desplazan los criterios y métodos tradicionales y clásicos de interpretación y aplicación del derecho	Desplazan los métodos tradicionales y clásicos de interpretación y aplicación del derecho
5	En el test de razonabilidad se requiere hacer uso de estudios empíricos para determinar la relación de conexidad entre la medida en cuestión y su finalidad (idoneidad, eficacia y necesidad), a partir de criterios estrictamente técnicos.	En el test de razonabilidad la idoneidad, eficacia y necesidad de las medidas para garantizar su finalidad se presupone, y no se requiere apelar a estudios empíricos específicos
6	En el test de razonabilidad se requiere cumplir una carga argumentativa encaminada a demostrar la proporcionalidad entre el beneficio y el sacrificio constitucional	En el test de razonabilidad se presupone la proporcionalidad entre el beneficio y el sacrificio constitucional, por lo que el juez no requiere cumplir una carga argumentativa especial
7	En la ponderación se debe determinar si la afectación del principio sacrificado y si la importancia de la satisfacción del principio contrario es grave, leve o moderada	En la ponderación no es necesario determinar el nivel de afectación del principio sacrificado ni el nivel de importancia de la satisfacción del principio contrario
8	En la ponderación se debe cumplir una carga argumentativa reforzada para asignar valor a las variables en cuestión, y particularmente para determinar si la afectación del principio sacrificado y si la importancia de la satisfacción del principio contrario es grave, leve o moderada	En la ponderación basta con efectuar una valoración global de la situación para asignar valor a las variables de la ponderación, de modo que no se requiere cumplir con una carga argumentativa reforzada
9	La ponderación opera únicamente para resolver conflictos entre principios que tienen la misma jerarquía, que no pueden ser resueltos de modo diferente	La ponderación puede ser aplicada para resolver conflictos entre un principio y una regla y para resolver conflictos entre reglas
10	En la ponderación se debe tener en cuenta y valorar el peso abstracto de los principios en colisión	En la ponderación no se debe tener en cuenta el peso abstracto de los principios en colisión, sino únicamente su peso relativo en relación con el caso particular que da lugar al conflicto normativo
11	El resultado de la ponderación es una regla jurisprudencial que establece una relación de precedencia condicionada, que debe ser aplicada a las hipótesis análogas futuras	El ejercicio ponderativo sirve únicamente para resolver el caso particular y concreto en que se aplica, por lo que de éste no se desprenden reglas jurisprudenciales abstractas
12	La ponderación no establece una jerarquía rígida entre principios sino una relación de precedencia condicionada	En ocasiones existe una relación jerárquica estática y rígida entre dos o más principios constitucionales
13	El test de razonabilidad y la ponderación son únicamente estructuras formales que por sí mismas no garantizan la racionalidad de las decisiones judiciales, pues el contenido de esta estructura es dado por el operador jurídico a partir de su propio razonamiento. Por tanto, el operador jurídico debe justificar el contenido de estas premisas	La utilización del test de razonabilidad y de la ponderación garantiza la objetividad y racionalidad de las decisiones judiciales

