

Derechos Humanos

Tributación y derechos humanos

José Vicente Troya Jaramillo

Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

Lola Valladares Taryupanta

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: instrumento para comprender el fenómeno indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

José Luis Nieto Espinosa

Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado

J. Alberto del Real Alcalá

El posicionamiento del Derecho internacional y la gravedad de la jurisprudencia en el orden comunitario. Apuntes sobre la posible creación de un tribunal de justicia supranacional en el Mercosur

José Javier Villamarín

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público

María Cecilia Pérez Aponte

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2003–Primer semestre de 2004 • Número 2

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

César Montaña Galarza

COMITÉ EDITORIAL

Ernesto Albán Gómez

Santiago Andrade Ubidia

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdiviezo

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

COORDINADORA

Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Jorge Ortega

DISEÑO

Edwin Navarrete

IMPRESIÓN

Nina Comunicaciones



FORO es una publicación semestral arbitrada por el Comité Editorial. Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.



Impreso en Ecuador

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 2 • II semestre 2003 - I semestre 2004

	Editorial <i>César Montaña Galarza</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHOS HUMANOS	
	Tributación y derechos humanos <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	5
	Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 <i>Lola Valladares Tayupanta</i>	55
	<i>El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: instrumento para comprender el fenómeno indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> <i>José Luis Nieto Espinosa</i>	105
ARTÍCULOS VARIOS	Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término "nacionalidades" como concepto jurídico indeterminado <i>J. Alberto del Real Alcalá</i>	127
	El posicionamiento del Derecho internacional y la gravedad de la jurisprudencia en el orden comunitario. Apuntes sobre la posible creación de un tribunal de justicia supranacional en el Mercosur <i>José Javier Villamarín</i>	157
	Enfoques curriculares en la formación de abogados para enfrentar retos transnacionales <i>José Vicente Troya Jaramillo</i>	191
RECENSIONES	Carla Aceves Ávila, <i>BASES FUNDAMENTALES DE DERECHO AMBIENTAL MEXICANO</i> , por <i>Aimée Figueroa Neri</i>	197
	Gustavo Zagrebelsky, <i>EL DERECHO DÚCTIL</i> , por <i>Agustín Grijalva Jiménez</i>	205

Contenido

	María José Reyes López (coord.), <i>DERECHO DEL CONSUMO</i> , por Dunia Martínez Molina	209
	Peter Häberle, <i>EL ESTADO CONSTITUCIONAL</i> , por César Montaña Galarza	213
	Horacio García Belsunce (dir.), <i>TRATADO DE TRIBUTACIÓN</i> , por José Vicente Troya Jaramillo	219
JURISPRUDENCIA	Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público <i>María Cecilia Pérez Aponte</i>	225
	Colaboradores	243
	Normas para colaboradores	245

Editorial

Dedicar el tema central del segundo número de **Foro**, revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, a los Derechos Humanos, evidencia nuestra permanente preocupación por el estudio de la ciencia jurídica profundamente ligada al ser humano y al conjunto de cuestiones inherentes a su naturaleza, como condición indispensable para el desarrollo integral de una sociedad pluralista y tolerante.

Los Derechos Humanos, que han de defenderse, respetarse y servir de fuente inspiradora en la educación superior para la justicia, atraviesan transversalmente todo el entramado jurídico, lo que se evidencia en los tres primeros artículos de este número, relacionados el primero con la tributación, el segundo con los derechos de las mujeres ecuatorianas en la Constitución Política del Ecuador, y el tercero con los derechos de los pueblos indígenas.

En la sección de artículos varios un trabajo analiza el término "nacionalidades" en el Derecho y la Ley constitucional, y otro refiere el sistema jurídico y la posibilidad de crear un órgano de administración de justicia supranacional en el ámbito del MERCOSUR.

Ya es sabido que son de significativa utilidad para los estudiosos del Derecho las reseñas de libros de actualidad así como el análisis de sentencias e interpretaciones de tribunales comunitarios e internacionales. Por eso, aquí se incorporan aportes sobre recientes obras de derecho ambiental, constitucional, del consumo, y tributario, así como también respecto a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina acerca de la conexión entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional público.

Agradecemos las importantes contribuciones de distinguidos maestros universitarios de España, México, y Perú, su participación coadyuva al intercambio y al fortalecimiento de la educación de pos-

grado en la subregión andina; es de resaltar además la colaboración destacada de nuestros docentes y alumnos. A todos ellos reiteramos la vocación permanente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar de ser una casa abierta para la comunidad jurídica de posgrado, del país y del exterior.

*Finalmente, apreciamos la singular acogida que en Ecuador y en el exterior ha logrado el primer número de **Foro**, cuestión que nos compromete a seguir en esta grata tarea, reflexionando problemas contemporáneos del ámbito jurídico no solo con un enfoque local o doméstico sino con una proyección cosmopolita, como mandan los tiempos que vivimos.*

*César Montaña Galarza
Editor*

Tributación y derechos humanos*

*José Vicente Troya Jaramillo***

Este trabajo analiza los derechos humanos y los principios generales de la tributación consagrados en las constituciones andinas, haciendo especial referencia al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley tributaria, se analiza además el derecho a la vida, la protección a discapacitados, menores y tercera edad. Se profundiza en el estudio del principio de no discriminación y se abordan en especial los derechos a la privacidad y el secreto profesional, a la propiedad y la tributación: capacidad contributiva, tributos confiscatorios, doble imposición. Finalmente se analiza el Estatuto del Contribuyente, los deberes y los derechos de los sujetos pasivos, y se emiten las conclusiones de la investigación.

FORO

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA TRIBUTACIÓN CONSAGRADOS EN LAS CONSTITUCIONES ANDINAS

Los principios generales del Derecho Tributario se encuentran consagrados en las constituciones políticas. Muchos de ellos se refieren a los derechos humanos. La presente disertación concierne a los principios generales del Derecho Tributario consagrados en las constituciones de los Países Andinos que han adoptado el sistema del derecho continental, en el cual las constituciones y los códigos constituyen las fuentes más importantes del derecho. La costumbre y la jurisprudencia tienen menor importancia,

* Con esta disertación redactada en el idioma inglés con el título "Taxation and Human Rights" el autor obtuvo el título de LL. M. in International Law por la Erasmus University de Rotterdam, Netherlands, 2000. La traducción al castellano la ha realizado Carmen Amalia Simone Lasso, bajo la supervisión del autor.

** Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

sin embargo de lo cual, en algunos casos, se aplican en forma complementaria o subsidiaria.

La Comunidad Andina es una organización subregional con estatus legal internacional. Se encuentra integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, y sus organismos e instituciones componen el Sistema Andino de Integración, SAI. Los objetivos principales de la Comunidad Andina de Naciones, CAN, son: promover el desarrollo balanceado y armonioso de los países miembros y la equidad de condiciones para impulsar su desarrollo a través de la integración y la cooperación social; fortalecer la participación en el proceso de integración regional con miras a la progresiva formación de un mercado común en Latinoamérica; y, buscar el desarrollo sostenido en el nivel de vida de sus habitantes.¹

La misión de la Unión Europea, por su parte, se dirige a organizar las relaciones entre estados miembros y entre sus pobladores de forma coherente y sobre la base de la solidaridad. Sus objetivos principales son: promover el desarrollo económico y social, consolidar la identidad de la Unión Europea en el escenario internacional, introducir la ciudadanía europea y desarrollar un área de libertad, seguridad y justicia; así como construir y mantener un derecho de la Unión Europea.²

Los objetivos de la Unión Europea se refieren a materia económica, política y social, pretendiendo inclusive la adopción de la denominada ciudadanía europea. La Comunidad Andina, por su parte, se encuentra todavía en una etapa de promoción del desarrollo económico y social. Tanto la Unión Europea como la Comunidad Andina tienen instituciones similares como el Parlamento, el Consejo, el Tribunal de Justicia. En sustancia, el Sistema Andino de Integración SAI, se ha ido trazando en función del patrón de la Unión Europea.

Wouters alude a los principios generales del derecho aplicados en el Derecho consuetudinario de la Comunidad Europea. Estos principios tienen relevancia tanto para la Comunidad como para el Derecho Tributario Interno de cada Estado. Ellos son: supremacía del Derecho Comunitario por sobre cualquier disposición de derecho interno, no discriminación, proporcionalidad, respeto a los derechos fundamentales, cooperación leal, seguridad jurídica, debido proceso, certeza jurídica, control judicial efectivo, debida administración de justicia, efectividad de la acción de la administración, jerar-

1. www.comunidadandina.org.

2. www.europa.eu.int/abc-en.htm.

quía normativa, transparencia administrativa y total aplicación de las reglas comunitarias. Wouters también refiere algunos principios específicos aplicables al derecho tributario: diferencia entre residentes y no residentes, territorialidad, capacidad de pago, no discriminación en función de la nacionalidad, libertad de establecimiento y el principio de prevención del enriquecimiento ilícito.³

Los países miembros de la Comunidad Andina son parte de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) y de su *Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*. Estos instrumentos internacionales se aplican también a la materia tributaria y los principios aludidos por Wouters sirven de marco de referencia para analizar la tributación y los derechos humanos en la Comunidad Andina.

Esta disertación pretende principalmente estudiar el postulado del respeto a los derechos fundamentales, en la Comunidad Andina, respecto de la creación y aplicación de los tributos. El principio de certeza jurídica, el principio de capacidad contributiva y otros principios similares también serán analizados. En lo referente a los principios de derecho, Simons prefiere hablar de principios generales de justicia y niega que existan principios peculiares de justicia tributaria. Para el autor, principios de justicia es una expresión más apropiada que principios de derecho. Conuerdo con esta terminología, mas pienso que sí existen principios específicos de justicia tributaria.⁴

Los individuos gozan de derechos políticos, económicos, sociales y culturales, mas al mismo tiempo, deben pagar impuestos. Del otro lado, el Estado tiene el deber de proveer y resguardar los derechos humanos, pero en contrapartida, tiene el derecho a exigir la satisfacción de los tributos. Esta

3. J. Wouters, "The Application of General Principles of Law by the European Court Of Justice and their Relevance for the EC and National Tax Law", en *Selected Issues in European Tax Law*, Albrechtse, D & Kogels K, Kluwer Editores, 1999, pp. 19 y ss.

4. F. Simons, "The Theory of General Principles of Justice", *ibid.*, en la p. 49, el autor sostiene que: "In practice however, general principles are applied less frequently in tax matters than one would expect from a theoretical perspective. National tax law on both direct and indirect taxes should be in accordance with the general principles of justice". (En la práctica, sin embargo, los principios son aplicados con menor frecuencia de la que uno podría esperar desde una perspectiva teórica. El derecho tributario nacional, relativo a la imposición directa y a la imposición indirecta debe encontrarse conforme con los principios generales de justicia).

disertación también centra su análisis en esta afirmación. Existen importantes nexos entre el derecho tributario y los derechos humanos.

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY TRIBUTARIA

El principio de legalidad es un principio de vieja e histórica data, en cuanto se refiere a la creación de los tributos. Fue expresado en la *Magna Carta* de Juan Sin Tierra. En Inglaterra, los barones urgieron al Rey que evitara la creación de tributos sin su aprobación.

La necesidad de tal autorización fue confirmada en la *Petition of Rights* (1628) y en el *Bill of Rights* (1689).⁵ La *Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 y la primera *Constitución de los Estados Unidos de América* (1789) consagraron la necesidad de autorización parlamentaria para la creación de los tributos.⁶ Las constituciones de Bolivia, arts. 26 y 59 (2), Colombia, art. 150 (12), Ecuador, art. 130 (6), Perú, art. 74, Venezuela, art. 187 (6), España, art. 133 (1) contienen disposiciones análogas.⁷ Hoy en día, la necesidad de autorización parlamentaria para la

-
5. Víctor Uckmar, "Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, p. 13, 16. *Magna Charta*, art. XII: "no scutage or aid shall be imposed on our kingdom unless by de common counsel of our kingdom, except for ransoming our person, for making our eldest son a knight, and for once marrying our eldest daughter, and for these there shall not be levied more than reasonable aid". El art. 1 de la *Petition of Rights* señala: "no man should be compelled to make or yield any gift, loan, benevolence, or tax without common consent by Act of Parliament". El párrafo cuarto del *Bill of Rights* señala: "levying money for to the use of the Crown by pretence of prerogative, without grant of Parliament, for longer time or in other manner than the same is or shall be granted, is illegal".
 6. Víctor Uckmar, *ibid.*, p. 21. Art. 13 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* señala: "l'impôt ne peut être voté que par la nation ou ses représentants". El art. I (8) de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica dispone que: "to lay and collect taxes, duties, imposts, and excises, to pay the debts and provide for the common defence and general welfare of the United States".
 7. El art. 26 de la Constitución boliviana señala: "Ningún impuesto es obligatorio sino cuando ha sido establecido conforme a las prescripciones de la Constitución". El art. 59 por su parte, dispone que "Son atribuciones del Poder Legislativo: A iniciativa del Poder Ejecutivo imponer contribuciones de cualquier naturaleza..." El art. 150 (12) de la Constitución colombiana dice: "Corresponde al Congreso hacer leyes. Por medio de ella ejerce las siguientes funciones: Establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales en los casos y bajo las consideraciones que establezca la ley". El art. 130 (6) de la Constitución ecuatoriana señala: "El Congreso Nacional tendrá las siguientes atribuciones: Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos, excepto las tasas y contribuciones especiales que corresponda crear a los organismos del régimen seccional autónomo". Por su parte, el art. 74 de la Constitución del Perú dice a la letra: "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración exclusiva

creación de los tributos se ha convertido en norma general. Las constituciones modernas incluyen en sus textos disposiciones semejantes.

En algunos casos, la autorización parlamentaria para la creación de los tributos no es exclusiva. Los sistemas legales permiten que los estados federados, las provincias o entidades menores creen tributos. Estas facultades pueden ser más o menos amplias según el régimen de cada Estado.

Los estados, departamentos y municipios, se encuentran autorizados por las constituciones de los países andinos para crear ciertos tributos. De acuerdo a las normas constitucionales, el Presidente de la República puede en algunos casos, ser delegado para crear tributos.⁸ Un caso particular ocurre cuando se declara el estado de emergencia.⁹

Nacionales y extranjeros deben pagar tributos para contribuir al sostenimiento del gasto público. Unos y otros tienen derecho a pagar solamente los tributos que han sido debidamente creados. El sistema legal debe contener reglas claras y transparentes acerca de la creación y aplicación de los tributos. La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, apro-

mente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo". De igual forma, el art. 187 (6) de la Constitución venezolana prescribe: "Corresponde a la Asamblea Nacional: Discutir y aprobar el presupuesto nacional y todo proyecto de ley concerniente al régimen tributario y al crédito público". En la misma línea, el art. 133 (3) de la Constitución española dispone que: "La potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley".

8. El art. 201 (2) de la Constitución boliviana autoriza a los *gobiernos municipales* a crear dos tipos de tributos. Al respecto, señala: "los gobiernos municipales no podrán establecer tributos que no sean tasas o patentes cuya creación requiera aprobación previa de la Cámara de Senadores, basada en un dictamen técnico del Poder Ejecutivo". Los arts. 300 (4) y 313 (4) de la Constitución colombiana autorizan a las *asambleas departamentales* y los *municipios* a aprobar tributos, de conformidad con el siguiente texto: "Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales". "Corresponde a los concejos: 4. Votar de conformidad con la Constitución y la ley, los tributos y los gastos locales". El art. 228 inciso 2 de la Constitución ecuatoriana señala: "Los gobiernos provincial y cantonal gozarán de plena autonomía, y en uso de su facultad legislativa podrán dictar ordenanzas, crear modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras". El art. 192 (3) de la Constitución peruana reza: "Las municipalidades tienen competencia para: Crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales". Los arts. 164 (7) y 180, inciso 1 de la Constitución venezolana respectivamente disponen: "Es de competencia exclusiva de los estados: 7. La creación, organización, recaudación, control y administración de los ramos del papel sellado, timbre y estampillas". "La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyen al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades". La República Bolivariana de Venezuela es un estado federal.
9. El art. 215 inciso 3 de la Constitución colombiana al hablar sobre la creación de tributos durante el *estado de excepción*; los arts. 74, inciso 1 y 104, inciso 1 de la Constitución peruana permiten al Congreso Nacional delegar al Ejecutivo la facultad de crear tributos.

bada por la IX Conferencia Interamericana (Bogotá, Colombia, 1948), contempla el deber de pagar impuestos en su art. XXXVI. Por su parte, el capítulo V de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (San José, Costa Rica, 1969) contiene de forma general los deberes de las personas. Su art. 32 (1) dispone que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Pagar impuestos es un deber general de los habitantes de un Estado frente a la comunidad, que tiene como propósito contribuir al sostenimiento de la inversión y gasto públicos. El deber de pagar impuestos también se incluye en las constituciones de los países miembros.¹⁰

Los derechos políticos se reconocen a nacionales y extranjeros, mas, se pueden consagrar diferencias razonables entre ellos. De acuerdo al art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los ciudadanos tienen derecho a “c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Los derechos políticos y otras disposiciones de similar carácter se encuentran comprendidos en el la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José.¹¹ De igual forma, “todas las personas son iguales frente a la ley y tienen derecho sin discriminación a una protección equitativa de la ley”.¹² Ello comprende el acceso a los servicios públicos. Se debe tener presente que la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales incrementa el gasto público y que el presupuesto público debe ser financiado principalmente con tributos.

De modo general los tributos se crean por ley. Al respecto, las constituciones de los países andinos contienen reglas específicas que configuran el denominado “principio de legalidad”. La modificación y derogatoria de los tributos también forman parte del principio de legalidad. Se ha señalado que la creación de tributos debe efectuarse mediante leyes, sin perjuicio de que

10. El art. 8 (d) de la Constitución boliviana señala: “Toda persona tiene los siguientes deberes fundamentales: De contribuir, en proporción a su capacidad económica al sostenimiento de los servicios públicos”. El art. 95 (9) de la Constitución colombiana dispone: “Son deberes de la persona y del ciudadano: Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”. El art. 97 (10) de la Constitución ecuatoriana manifiesta: “Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y en la ley: Pagar los tributos establecidos por la ley”. El art. 133 de la Constitución venezolana, por su parte, manda que: “Toda persona tiene el deber de coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones que establezca la ley”.

11. Véase el art. XX de la *Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre*, el art. 23 de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* y el art. 25 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

12. Véase el art. 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

el parlamento también se encuentra autorizado a dictar otros actos y normas.¹³ Para crear tributos, son necesarias además otras formalidades adicionales en ciertos sistemas legales:¹⁴ en algunos casos, la facultad de presentar proyectos de ley, en materia tributaria, le corresponde exclusivamente al Ejecutivo; en ciertos sistemas la presentación de un proyecto de ley en materia tributaria debe realizarse ante la Cámara de Diputados;¹⁵ y en otros, no se acepta la consulta popular sobre temas tributarios.¹⁶

Los tributos también pueden ser creados o regulados a través de tratados internacionales. La Constitución de Perú admite ello como una posibilidad. En su art. 56, último inciso, señala: “También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieran medidas legislativas para su ejecución”. Conforti diferencia entre tratados que crean normas de derecho tributario material y tratados que crean normas de derecho tributario adjetivo.¹⁷ La creación de los tributos es parte del derecho tributario material o sustantivo. Cuando un Estado concluye tratados internacionales, transfiere parte de su soberanía. Estos tratados internacionales sobre materias tributarias suelen utilizarse para establecer normas sobre tributos aduaneros, los cuales se encuentran regulados en el Sistema Andino. Las Organizaciones Internacionales pueden crear tributos cuando han sido autorizados para el efecto por los estados. De forma general, las normas sobre los deberes aduaneros son implementadas por organismos internacionales.

13. Véase el art. 59 (2) de la Constitución boliviana; el art. 150 (12) de la Constitución colombiana; así como el art. 141 (3) de la Constitución ecuatoriana, cuyo texto es el siguiente: “Se necesitará de la expedición de una ley para las materias siguientes: Crear, modificar o suprimir tributos sin perjuicio de las atribuciones que la Constitución confiere a los organismos del régimen seccional autónomo”; y los arts. 74 de la Constitución peruana y 187 (6) de la Constitución venezolana.

14. En Reino Unido, las cargas sobre las personas (tributos) son creadas mediante autorización parlamentaria. Previa a ella, el asunto es conocido por el “Committee of Ways and Means”. Se aplica un famoso axioma, por el cual, la Corona demanda dinero, los Comunes lo conceden y los Loes aprueban la concesión. Erskine, citado por Víctor Uckmar, p. 41.

15. El art. 154, inciso 4 de la Constitución colombiana señala: “Los proyectos de ley relativos a los tributos iniciarán su trámite en la Cámara de representantes y los que se refieran a relaciones internacionales, en el Senado”. Por su parte, el art. 147 de la Constitución ecuatoriana dispone que: “Solamente el Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley mediante los cuales se creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político-administrativa del país”.

16. Véase el art. 170 inciso 2 de la Constitución colombiana; el art. 108, inciso 2 de la Constitución ecuatoriana; el art. 32 (4.1) de la Constitución peruana; y, el art. 74, inciso 4 de la Constitución venezolana. Las constituciones de los países andinos, a excepción de la Constitución boliviana, establecen que no es admisible la consulta popular o referéndum en materia tributaria.

17. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, p. 63.

La tarifa del impuesto a la renta ha sufrido una reducción drástica en los últimos años, como consecuencia de la globalización y la competencia tributaria, en tanto que los acuerdos internacionales sobre tributos indirectos y aduaneros se han incrementado. Dentro del entorno indicado es probable que se concierten otros convenios internacionales sobre el impuesto a la renta. Tanzi en su importante trabajo “Globalization, tax competition by the future of tax system”, analiza este asunto y sostiene que los sistemas tributarios se han vuelto menos equitativos.¹⁸ En conclusión, los tratados han cobrado un rol importante en la creación y regulación del sistema tributario. Es muy probable que este rol se vuelva aún más trascendental en los próximos años.

De acuerdo con el principio de legalidad, las leyes deben contener los elementos principales de la obligación tributaria, entre ellos, sujetos, materia imponible, exoneraciones y tarifa. El Ejecutivo puede regular ciertos elementos cuando el Legislativo le delega las correspondientes facultades, aunque de modo general la creación de los tributos no puede ser delegada. De acuerdo a los sistemas legales, el Ejecutivo suele determinar las tarifas arancelarias. La fijación de otras tarifas tributarias, especialmente de la del impuesto a la renta, solo es delegada al Ejecutivo en casos excepcionales. La delegación para la modificación y regulación de las tarifas tributarias, normalmente viene acompañada de niveles mínimos y máximos dentro de los cuales debe fijarlas el Ejecutivo.

Los tributos se recaudan para financiar el gasto público y pueden jugar un papel muy importante como instrumentos de política económica. El sistema tributario sirve también para incentivar la inversión, distribuir la riqueza y otros objetivos similares. Este rol no siempre ha sido bien recibido.¹⁹

18. Vito Tanzi, “Globalization, tax competition by the future of tax system”, en *Corso di Diritto Tributario*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, CEDAM, 1999, señala: “The world is waking to the realization that tax competition is not always a good thing. In fact it may create difficulties for countries by a) eventually leading to lower tax revenue; b) by changing the structure of tax systems in directions no desired by policymakers; and c) by reducing the progressivity of tax systems thus making them less equitable. (El mundo se enfrenta a una competencia tributaria que no siempre es buena. De hecho, puede crear dificultades para los países pues a) eventualmente puede conllevar a la obtención de menores rentas tributarias; b) puede cambiar la estructura de los sistemas tributarios hacia direcciones no deseadas por quienes elaboran las políticas tributarias; y, c) puede reducir la progresividad de los sistemas legales haciéndolos, consecuentemente, menos equitativos).

19. Las constituciones de once estados de los Estados Unidos de América no admiten los tributos regulatorios. Así, sostienen que: “all taxes shall be levied and collected for public purpose only” (todos los tributos deben ser aplicados y recaudados para propósitos exclusivamente públicos”. Existe una famosa expresión sobre la potestad tributaria que fuera establecida en 1819 en el caso McCulloch

Hoy en día, las circunstancias han cambiado. Quienes trazan las políticas, frecuentemente utilizan los tributos con el objeto de obtener ciertos propósitos determinados. Este papel de los tributos se encuentra consagrado en la Constitución ecuatoriana. Su art. 256 se refiere específicamente a ese rol.²⁰ El art. 19 de la Constitución peruana permite que los tributos se vinculen con el auxilio a la educación.²¹ El art. 317 de la Constitución venezolana también considera esta particular función de los tributos.²²

La creación y aplicación de los tributos debe considerar el principio de igualdad, por encima del principio de legalidad. Sin embargo, la aplicación de la equidad antes que la ley, supone diferenciar entre los contribuyentes de acuerdo a su capacidad económica. Este principio implica que el sistema tributario no puede aceptar privilegios. Las exenciones deben ser aplicadas en función de la capacidad contributiva y en una tarifa encuadrada dentro de la política de redistribución antes mencionada. Se prohíbe todo tipo de discriminaciones. Los arts. II de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, 24 del *Pacto de San José*, 26 de *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, incluyen textos que expresan la aplicación de la igualdad antes de la legalidad.²³ Ninguna regla de no discriminación es

vs. Maryland, que dice: “the power to tax involves the power to destroy” (el poder para gravar supone el poder para destruir), en Víctor Uckmar, p. 54.

20. El art. 256 de la Constitución ecuatoriana reza: “El régimen tributario se regulará por los principios básicos de igualdad, proporcionalidad y generalidad. Los tributos además de ser medios para la obtención de los recursos presupuestarios, servirán como instrumentos de política económica. Las leyes tributarias estimularán la inversión, la reinversión, el ahorro y su empleo para el desarrollo nacional. Procurarán una justa distribución de las rentas y de la riqueza entre todos los habitantes del país”. Existen además otras reglas adicionales: el art. 53 que se refiere a la asistencia a las personas discapacitadas; el art. 54 que habla sobre el auxilio a la seguridad social; el art. 72 que trata sobre la asistencia a la educación; el art. 84 (2) que habla sobre el auxilio a los indigentes; y, el art. 89 (2) que se refiere a la política ambiental. La Constitución ecuatoriana admite la existencia de tributos regulatorios. La distribución de la riqueza, la promoción de la inversión, del ahorro y del desarrollo nacional deben ser alcanzados mediante la tributación.
21. El art. 19 de la Constitución peruana señala: “Las universidades, institutos superiores y demás centro educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes”.
22. El art. 317, inciso 1 de la Constitución venezolana dispone: “El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o de la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población, y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.
23. El art. II de la *Declaración Americana de Derechos Humanos* manda que: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. El art. 24 de la *Convención Americana sobre Derechos*

vinculante en las constituciones de los países andinos. Sachetto reconoce que no hay una regla particular sobre la no discriminación fiscal en la Unión Europea.²⁴ Sin embargo, en su criterio, el principio general de no discriminación consagrado en los arts. 4, 52, 58, 59, 60 y 73B, comprende también la creación y aplicación de los tributos. Estos arts. prohíben toda forma de discriminación en función de la nacionalidad y consagran la libre circulación de empleados y trabajadores independientes, el libre sistema de pagos y la libre circulación de capitales. El principio de no discriminación ha sido aplicado al ámbito del Derecho Tributario por el Tribunal de Justicia Europeo.²⁵

El régimen tributario se encuentra estrechamente vinculado con el principio de la capacidad contributiva que sirve para la aplicación de los tributos. Esto supone que es posible considerar diferentes clases de contribuyentes, de acuerdo a su capacidad para pagar tributos. La tributación únicamente concierne a las características económicas de las personas. De esta manera, son criterios como el volumen de ingresos, los capitales, beneficios, procedimientos aduaneros, ventas, consumos, herencias y legados, los que deberán ser considerados como indicadores para la imposición. La no discriminación consecuentemente, se refiere a que la tributación no puede basarse en otras circunstancias diferentes a las económicas. Lo que no les está vedado a los estados es el cobrar impuestos diferentes ante distintas situaciones económicas. Para un mejor entendimiento, resulta útil un ejemplo. En el

Humanos dispone: "Art. 24. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". El art. 26 del *Pacto Internacional e Derechos Civiles y Políticos* señala: "Art. 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección, igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

24. Claudio Sachetto, "Incidencia del Principio di non-discriminazione comunitario nel settore delle imposte dirette", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
25. En el caso *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson*, el fallo estableció que "la discriminazione consiste nel diverso trattamento de situazione comparabili". En el caso *Knoors*, y en el caso *Kraus Land Baden-Württemberg*: "discriminazione 'a rebours' occorre cuando el trattamento piu favorevole che uno Stato membro riserva ai propri cittadini rispetto agli stranieri". La decisión señaló: "Da un punto de vista tributario, può essere ridotto all'interrogativo se la leva tributaria possa essere strumento legittimo ai fini della localizzazione di persone e capitale". En el caso *Halliburton* se decidió: "(1) Il venditore si trova in una situazione nettamente meno favorevole di quella in cui si troverebbe se avesse scelto per la sua azienda una diversa forma societaria". En el caso Asscher: "la situazione dei residenti e quella dei non residenti è comparabile solo in via d'eccezione, nel caso in cui il non residenti produca la totalità, del propio reddito complessivo nello Stato della fonte".

Ecuador, hasta 1960, se aplicó un tributo especial adicional sobre los ingresos de los extranjeros. Siempre se consideró a este tributo ilegal pues se lo aplicó en función de la nacionalidad, que es un factor que, por no ser un indicio de capacidad contributiva, vulnera el principio de no discriminación.

La irretroactividad de la ley es un derecho incuestionable que ha sido reconocido expresamente en la ley penal y en el ámbito tributario. Las normas tributarias son siempre irretroactivas. Los tributos presentes no pueden gravar capacidades jurídicas pasadas. La seguridad jurídica se traduce en la irretroactividad. La irretroactividad general de la ley se encuentra consagrada en la Constitución boliviana, la cual incluye la ley tributaria.²⁶ La irretroactividad de la ley tributaria está también ampliamente aceptada en la Constitución de Colombia.²⁷ Mientras, en la Constitución ecuatoriana se encuentra reconocida la retroactividad de la ley tributaria solo en cuanto beneficia al contribuyente.²⁸ La irretroactividad general de la ley también se encuentra plasmada en la Constitución peruana. Ello conlleva a que las leyes tributarias relativas al impuesto a la renta y otros tributos periódicos sean aplicadas a partir del ejercicio económico siguiente al de su expedición.²⁹ Finalmente, la irretroactividad general de la ley se encuentra incorporada en la Constitución venezolana.³⁰

La plena retroactividad de la ley puede ocurrir cuando los hechos generadores, las exenciones o las tarifas son modificadas y se aplican a hechos concretos. También puede ocurrir cuando los cambios se aplican a personas que anteriormente no eran contribuyentes.³¹

El principio de seguridad jurídica no se encuentra siempre claramente reconocido. El derecho a la libertad incluye el principio de seguridad jurídica.

26. El art. 33 de la Constitución boliviana señala: “La ley sólo dispone para lo venidero y no tiene efecto retroactivo, excepto en materia social cuando lo determine expresamente, y en materia penal cuando beneficie al delincuente”.

27. El art. 363 (inciso 2) de la Constitución colombiana dispone: “Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”.

28. El art. 257 (inciso 1) de la Constitución ecuatoriana manda que: “No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes”.

29. El art. 74 (inciso 2) de la Constitución peruana dice: “Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación”, mientras que el art. 103 (inciso 2) señala: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

30. El art. 24 de la Constitución venezolana dispone: “Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga pena menor”.

31. G. Aguirre-Ramírez, “Fundamento constitucional del principio de la irretroactividad de las leyes tributarias en Argentina y Uruguay”, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 894.

Los individuos son libres de actuar en tanto el sistema legal vigente no lo prohíba. Cambiar las reglas del comportamiento humano hacia el pasado, ataca el derecho a la libertad. Los ciudadanos pueden exigir a las autoridades reglas de juego claras y vigentes.³²

Existen además otros derechos humanos que no han sido expresamente reconocidos. La *Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano* consagró el derecho a la seguridad. Este derecho puede entenderse incorporado en la seguridad jurídica.³³ Robertson & Merrills consideran que el principio de protección en contra de la retroactividad de la ley se encuentra incluido en la *Declaración Francesa*.³⁴ El art. 94 de la Constitución colombiana se refiere a otros derechos humanos que no se encuentran expresamente reconocidos.³⁵ La Constitución ecuatoriana incluye un reconocimiento de igual índole.³⁶ La Constitución del Perú y la Constitución de Venezuela siguen similar camino.³⁷

EL DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida es sin duda el más importante de los derechos humanos. El derecho a la libertad, el derecho a la seguridad, y en términos generales, los derechos políticos y civiles, así como los derechos económicos, sociales y culturales, dependen del derecho a la vida.

32. *Ibid.*, p. 904, 905.

33. El art. segundo de la *Declaración Francesa* señala: "The aim of all political association is the conservation of the natural and inalienable rights of man. These rights are: liberty, security and resistance to oppression".

34. Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, cuarta edición, 1996. p. 3. Los autores sostienen: "The French Declaration proclaimed a number of entitlements which are now generally called civil and political rights: (p)rotection against retroactivity of the law...".

35. El art. 94 de la Constitución colombiana reza: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

36. El art. 19 de la Constitución ecuatoriana manda que: "Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se derivan de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material".

37. El art. 3 de la Constitución peruana dispone: "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". Por su parte, el art. 22 de la Constitución venezolana tiene el siguiente texto: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherente a la persona, no figuren expresamente en ellos...".

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados.³⁸ La creación de los tributos y su aplicación se encuentran estrechamente vinculados con los derechos humanos.

El derecho a la vida debe ser analizado tomando en cuenta la dignidad de las personas. Todos los seres humanos requieren satisfacer ciertas necesidades básicas como alimentación, vivienda, educación y otros. El sistema tributario puede eventualmente privar la realización personal. Para el cobro de los tributos sobre la renta, el sistema legal generalmente dispone que las rentas mínimas se encuentran exentas. Cada sistema regula cuáles son los requisitos para beneficiarse de la base mínima exenta. En algunos casos, de acuerdo al estatus familiar, se permite deducir un monto fijo correspondiente a cargas familiares. Una vez efectuada la deducción, se calcula el impuesto sobre la renta. Los ingresos mínimos exentos no siempre sirven para sustentar los gastos familiares y personales. Éste suele ser un valor relativo que se usa para financiar las necesidades indispensables. El ingreso anual de las personas es disímil. En teoría, es posible alcanzar un promedio de ganancias, pero en la práctica, es muy difícil. Sin embargo, los sistemas de los impuestos sobre la renta deben incorporar normas relativas a las bases mínimas exentas. De acuerdo a la capacidad económica de los contribuyentes, deben considerarse diferentes elementos para establecer el nivel de ese mínimo. Uno de esos elementos es el estado civil —casado o soltero—, otro se refiere al número de cargas familiares. En algunos casos los contribuyentes no son casados, pero cuando llenan ciertos requisitos legales, gozan de igual tratamiento. Otros elementos se refieren al volumen total de ingresos. El mínimo imponible debe variar de acuerdo al estándar de vida. Las reglas no son ni pueden ser absolutas. Debe tomarse en cuenta que no es fácil llegar a diseñar un sistema ideal.

La tributación familiar constituye un tema muy importante y debe ser analizado con la finalidad de alcanzar la solución más equitativa. Casás, en su artículo, sobre este tema, presenta conclusiones propicias.³⁹ Los arts. VI

38. Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, p. 13. Sobre la *Declaración de Viena* y el Programa de Acción, véase A. Remiro Brotons, *Derecho Internacional*, Madrid 1997, McGraw-Hill, pp. 1021 y ss.

39. J. Casás, "Familia, Constitución, Tratados Internacionales sobre Derecho Humanos y Tributos", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 173-175. Algunas conclusiones particulares del autor son: 1. Aplicar tributación progresiva sobre los ingresos familiares sin deducciones especiales es un sistema tributario inconstitucional. Casás alude casos en los cuales los Tribunales Constituciones de Alemania, Italiana y España han sentado este pronunciamiento; 2. Los mejores sistemas consideran a los cónyuges como contribu-

y XI de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* se refieren a la protección familiar y la protección de las necesidades humanas.⁴⁰ El art. 17 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se preocupa también de la protección familiar.⁴¹ Los arts. 10 a 12 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales*, se refieren a la protección de las necesidades humanas al tratar lo relativo a los derechos económicos y sociales.⁴²

Los impuestos indirectos, incluidos aquellos que gravan el consumo y las ventas, no deben aplicarse a los bienes y servicios básicos. Así, se pretende reducir la tributación. Los bienes básicos, y entre ellos las medicinas, generalmente están exonerados del pago del impuesto al valor agregado IVA.

Una tributación liviana sobre los bienes y servicios básicos se fundamenta en condiciones similares, relativas a la capacidad económica y la protección familiar.

El sistema tributario global debe seguir los mencionados principios y reglas, los cuales no pueden ser aplicados aisladamente a un solo tributo. Sin

yentes separados, con sus propios y singulares ingresos, incluyendo la mitad de los gananciales, durante el matrimonio; 3. Los sistemas de acumulación de ingresos familiares deben someterse a tarifas menores de impuesto sobre la renta; 4. Las cargas familiares deben ser consideradas como deducciones para efectos de pagar menor impuesto sobre la renta.

40. Los arts. VI y XI de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* dicen: “art. VI: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella” y “art. XI: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.
41. El art. 17 de la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) reza: “...Protección a la Familia: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención; 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes; 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y, 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.
42. Los arts. 10 y 12 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económico Sociales y Culturales*, disponen: “Art. 10. Derecho a la salud: 1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (...) Art. 12. Derecho a la alimentación: 1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuadas que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. (...)”

embargo, un sistema tributario global puede vulnerar los derechos humanos si es que constantemente los niega y no los conserva.

LA PROTECCIÓN A DISCAPACITADOS, MENORES Y TERCERA EDAD

Los menores, mujeres, personas de la tercera edad y discapacitados tienen el deber de pagar los tributos si se encuentran comprendidos en las situaciones previstas por el sistema legal para el efecto, mas, estos contribuyentes son sujetos pasivos especiales, y pueden gozar de un tratamiento tributario más beneficioso de acuerdo a su capacidad contributiva. Las constituciones andinas y las convenciones referidas contienen medidas que buscan proteger a los menores, a las mujeres, a los ancianos y a las personas discapacitadas. Este resguardo alcanza al régimen tributario. Los arts. 158 y 199 de la Constitución boliviana prevén un sistema de protección.⁴³ De igual forma, los arts. 43, 44, 46 y 47 de la Constitución colombiana contienen disposiciones protectivas a la mujer, en ciertos casos, y a los menores, ancianos y discapacitados,⁴⁴ en otros. Los arts. 47, 48, 53 y 54 de la Constitución ecuatoriana se refieren a la protección de los grupos vulnerables, previendo un tratamiento especial a los mismos, dentro del cual se comprenden exenciones tributarias. También se establece el principio de interés superior de la niñez, el cual prevalece sobre otros.⁴⁵ Los arts. 4 y 7 de la Cons-

43. Los arts. 158 y 199 de la Constitución boliviana respectivamente señalan: “El Estado... asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas” y “I. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de la infancia, y defenderá los derechos del niño al hogar y a la educación. II. Un código especial regulará la protección del menor en armonía con la legislación general”.

44. Los arts. 43 (inciso 2), 44, 46 y 47 de la Constitución colombiana disponen: “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”; “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”; “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria”; “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

45. Los arts. 47, 48, 53 y 54 de la Constitución ecuatoriana mandan que: “En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad...”; “Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todo caso se aplicará el principio del interés superior de los niños y sus derechos prevalecerán sobre los demás”; “las personas con discapacidad tendrán tratamiento preferente en la obtención de créditos, exenciones y rebajas tributarias, de conformidad con la ley”; “El

Constitución peruana observan criterios similares.⁷ Los arts. 78, 80 y 81 de la Constitución venezolana se refieren a la protección de los niños, ancianos y discapacitados.⁴⁷ El art. 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Los arts. 16, 17 y 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establecen ciertas regulaciones sobre los derechos de los niños, la protección de los ancianos y el cuidado de los discapacitados. Los sistemas legales internos y las convenciones internacionales sobre derechos humanos, la Convención Interamericana sobre Eliminación de toda Forma de Discriminación en contra de los Discapacitados y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños imponen a los Países Andinos la obligación de establecer un régimen de protección para estos grupos vulnerables. En términos generales, en estos casos se consideran deducciones especiales o exenciones, reduciéndose adicionalmente los aranceles. De todas maneras las tarifas deben ser las apropiadas y debe estar acorde con la capacidad contributiva de las personas pertenecientes a estos grupos vulnerables.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación ha sido incorporado en las constituciones andinas. La Constitución boliviana establece el principio general de no discriminación aunque no alude particularmente a los extranjeros. La Constitución colombiana establece el mismo principio, pero incluye una referen-

Estado garantizará a las personas de la tercera edad y a los jubilados, el derecho de asistencia especial que les asegure un nivel de vida digno, atención integral de salud gratuita y tratamiento preferente tributario y en servicios”.

46. Los arts. 4 y 7 de la Constitución peruana disponen: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”; “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

47. Los arts. 78, 80 y 81 de la Constitución venezolana establecen que: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la *Convención sobre los Derechos del Niño*...”; “El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías... se les garantizará el derecho a un trabajo acorde a aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”; “Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades... El Estado... garantizará... la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias...”.

cia precisa a los extranjeros. La Constitución ecuatoriana rechaza en general la discriminación y la segregación y concede a los extranjeros y a los nacionales igual tratamiento. La Constitución peruana y la venezolana también establecen en términos generales el principio de no discriminación, sin mención específica a los extranjeros.⁴⁸ La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, establecen el principio de no discriminación.⁴⁹ Se puede afirmar entonces que el principio de no discriminación fiscal no se encuentra expresamente consagrado. Sin embargo, las constituciones de los países andinos y los convenios internacionales, de modo general, establecen el principio de no discriminación por consideraciones sociales y por otras similares.⁵⁰ Los instrumentos anotados llevan a concluir que el principio de no discriminación fiscal a los extranjeros se encuentra aceptado implícitamente, en virtud de lo cual, nacionales y extranjeros deben someterse al mismo tratamiento tributario, lo cual adquiere singular importancia al momento de aplicar el impuesto sobre la renta.

A más de la nacionalidad, se consideran otros aspectos para determinar la obligación de tributar, tales como la residencia. No se conoce una prohibición de discriminación fiscal que sea universal y generalmente reconocida. Tampoco se reconoce una costumbre internacional. Sin embargo, no existe ninguna razón ética ni económica que lleve a aplicar un tratamiento fiscal más gravoso a los extranjeros. El principio de capacidad económica, conocido también como capacidad contributiva, debe ser observado estrictamente en materia tributaria. Los extranjeros no gozan por el solo hecho de ser tales de una capacidad económica particular. Adicionalmente, el art. 24 (1) del Modelo de *Convenio Tributario de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE*, prohíbe la discriminación en función de la nacionalidad.⁵¹ Cuando las situaciones son las mismas, no debe admitirse ni aplicarse a ellas distinto tratamiento fiscal.

48. Véase los arts. 6 de la Constitución boliviana; 13 de la Constitución colombiana; 4 (6), 13, 23 (3) de la Constitución ecuatoriana; 2 (2) de la Constitución peruana; y, 21 (1) de la Constitución venezolana.

49. Véase los arts. II, I (1), 3, respectivamente. Los arts. 1 (1) y 3 contienen la mejor formulación del principio de no discriminación. Se reconoce ampliamente la no discriminación por origen y nacionalidad.

50. Véase el art. 1 (1) de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*.

51. El art. 24 (1) del Modelo dispone: "art. 24. No discriminación. 1. Los nacionales de un Estado Contratante no serán sometidos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al

En relación a la nacionalidad y la residencia deben tomarse en cuenta ciertas consideraciones. Los nacionales no gozan de los servicios públicos cuando son no residentes. Al contrario, cuando los nacionales son residentes, gozan de los servicios públicos y por tanto, pueden y deben pagar impuestos. Ello demuestra que la nacionalidad por sí sola no es un vínculo apropiado para aplicar los tributos.

Pese a ello, en la realidad, la mayor parte de países observan un mismo trato tributario para sus nacionales residentes y para los no residentes. El Modelo de Convenio Tributario sobre Impuesto a la Renta y al Capital de la OCDE se refiere a la no discriminación en los tributos sobre la renta y sobre el capital.⁵² La no discriminación en este caso se vincula con la nacionalidad. Los contribuyentes residentes pueden sujetarse a distintos tratamientos tributarios que aquellos que se aplican a los no residentes. Esta disposición puede aplicarse también a nacionales que no sean residentes de un Estado parte. La ciudadanía de los individuos no es un indicativo de la capacidad contributiva. Tampoco deben aplicarse discriminaciones a los apátridas. La Decisión 40 de la Comunidad Andina aprobó un Acuerdo para Evitar la Doble Tributación entre los Países Miembros. Su art. 4 consagra el principio general de la fuente, o principio de territorialidad, y al efecto señala: "Jurisdicción Tributaria. Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el País Miembro en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en este Convenio".⁵³ Existen algunos casos que se refieren a la no discriminación en los tributos sobre la renta, que se encuentran actualmente sometidos al conoci-

mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de este otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones".

52. Arnold & McIntyre "International Tax Primer", *Kluwer Law International*, 1995, pp. 117-118.

53. El art. 24 (2) del Modelo de la OCDE prescribe: "Art. 24. No discriminación. 2. Un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante no será sometido a imposición en este Estado de manera menos favorable que las empresas de este otro estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a conceder a los residentes del otro Estado Contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares". Véase José Vicente Troya, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990. La Decisión 40 de la Comunidad Andina de 1995 se encuentra actualmente en vigencia. En algunos casos, los Países Andinos han celebrado acuerdos de doble tributación que siguen las reglas del Modelo de la OCDE. Hoy en día, la Decisión 40 se encuentra en proceso de revisión. Véase también José Vicente Troya, "La Fiscalidad Internacional en la Comunidad Andina", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 805 y ss.

miento del Tribunal Europeo de Justicia. De acuerdo con el Tribunal, la discriminación ocurre mediante la aplicación de diferentes reglas a situaciones asimilables o la aplicación de la misma regla a situaciones distintas. B. Bachmann⁵⁴ sostiene que el término discriminación supone una situación donde dos personas en circunstancias comparables son tratadas de forma diferentes, poniendo a una de ellas en situación de desventaja. En 1995, dentro del caso Schumacker,⁵⁵ el Tribunal Europeo decidió que los no residentes en la mayoría de casos son extranjeros. En esas circunstancias, los beneficios concedidos únicamente a los residentes de un Estado miembro pueden constituir una discriminación indirecta en función de la nacionalidad. El Tribunal también ha señalado que la aplicación de tarifas diferentes de impuesto a la renta a los establecimientos permanentes y a las subsidiarias extranjeras, viola el principio de libertad de establecimiento amparado por los arts. 52 y 58 del Tratado de la Comunidad Europea y de libre circulación de capitales, comprendido en el art. 67 (1) del propio Tratado.⁵⁶ La tributación sirve para obtener ingresos públicos, pero al mismo tiempo, constituye una importante herramienta de política económica. Hecha esta consideración, los estados deben procurar mantener la integridad funcional y coherencia de sus sistemas legales. Por ello, no debería permitirse que invoquen motivos de política económica para justificar discriminaciones. Con relación a la justificación de un distinto tratamiento en función de motivos de política económica y con relación al debido equilibrio que debe existir entre el principio de no discriminación fiscal y la aplicación de los objetivos de política pública, resulta propicio citar a B. Knobbe-Keuk⁵⁷ quien señala que el problema principal se encuentra en determinar bajo qué condiciones el distinto tratamiento a residentes y no residentes puede ser justificado. Los países en desarrollo procuran incentivar la inversión extranjera en función de su legis-

54. B. Bachmann, "Prohibitions of Discrimination: EC-Treaty Rules and Direct Taxation in Germany", *EC Tax Review* 1995/4, pp. 237 y ss.

55. Casos Shumacker, Wielocks y Asscher. La Corte Europea de Justicia ha sentado dos importantes puntos de vista: no existe discriminación cuando se aplica un distinto tratamiento tributario a contribuyentes cuya residencia no es la misma; no existe tratamiento discriminatorio cuando se aplica un distinto tratamiento a un no residente cuyo 90% o más de sus ingresos sean de fuente extranjera (caso 80/94, 1995/Ag./11; 279/93, 1995/Feb/14). En el caso D. H. Asscher (107/94, 1995/Jun./27) un trabajador no dependiente residente en un Estado Contratante debe ser sometido a la misma tarifa sobre los ingresos obtenidos en otro Estado parte.

56. K. Van Raad, "The Impact of the EC Treaty's Fundamental Freedoms Provisions on EU Member States' Taxation in Border-crossing Situations - Current State Affairs", *EC Tax Review*, 1995/4, pp. 190 y ss.

57. B. Knobbe-Keuk, "Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions - Ban and Justification", *EC Tax Review*, 1994/3, p. 78.

lación tributaria, ello explica el similar tratamiento que dan a los residentes y a los no residentes.⁵⁸ Contrariamente, existen países que aplican distinto tratamiento. En muchos casos, son países desarrollados los que adoptan esta conducta.⁵⁹

La raza, religión, género o lenguaje, así como otras situaciones análogas, no juegan un papel importante con respecto al régimen tributario. Ninguno de estos factores es demostrativo de capacidad contributiva. Hoy en día ha perdido vigencia la antigua práctica de cobrar impuestos por estos motivos. En adición a la no discriminación, existen otros aspectos conexos que se refieren a la tributación y otros derechos humanos, que analizaremos a continuación.

El art. 22 (1,2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere a la libertad de movimiento y de residencia. Su texto señala: "Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia. 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales; 2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio (...)". Los arts. 7 (g) de la Constitución boliviana, 24 de la Constitución colombiana, 23 (14) de la Constitución ecuatoriana, 2 (11) de la Constitución peruana y 22 de la Constitución venezolana consagran igual libertad. Los regímenes tributarios no deben contradecir la libertad de movimiento y de residencia. El art. 58 (antes art. 73D) del Tratado de la Unión Europea, respecto de la libertad de circulación de trabajadores de los estados miembros, señala que está prohibida cualquier forma de discriminación basada en la nacionalidad entre trabajadores de los estados partes. Un tratado tributario que discrimine entre trabajadores residentes y no residentes vulneraría la libertad de circulación y residencia.⁶⁰ Tributos que graven el paso de las personas por la frontera se considerarían contrarios a la libertad de movimiento. La misma situación podría aparecer en caso de que los contribuyentes cambiaran de domicilio o de residencia. El Acuerdo de Subsidios y Medidas Compensatorias de la Unión Europea prohíbe las deducciones especia-

58. El art. 256 inciso 1 de la Constitución ecuatoriana dice: "Los tributos, además de ser medios para la obtención de recursos presupuestarios, servirán como instrumento de política económica general".

59. Véase T. Lyons, "Discrimination against individuals and enterprises on grounds of nationality: direct taxation and the European Court of Justice". *Ec Tax Journal Vol. 1/1 1995/96*.

60. Véase F. Rocagliota, "Diritto Tributario Comunitario", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 675 y ss.

les relacionadas a la exportación por sobre aquellas aplicadas a los productos de consumo doméstico.

La Organización Mundial del Comercio OMC ha establecido tres prohibiciones en este ámbito: tributación discriminatoria, tributación proteccionista y subsidios fiscales. La aplicación de impuestos directos frecuentemente produce distorsiones a los mercados comunes. Por esa razón en la Nota al Pie 6 del art. XIV (d) del Acuerdo General de Comercio de Servicios GATS, se establece que las medidas que se dirigen a asegurar la equitativa o eficaz imposición o recaudación de tributos directos incluyen las medidas adoptadas por un Miembro al amparo de su sistema tributario que:

1. se apliquen a los no residentes que presten servicios en reconocimiento al hecho de que la obligación tributaria se determina en relación con bienes cuya fuente se encuentra en el territorio de un país Miembro o
2. se apliquen a no residentes con el objeto de asegurar la imposición y recaudación de tributos en el territorio de un país miembro. Es decir, la tributación no discriminatoria al comercio ha prevalecido.⁶¹

El comercio electrónico puede presentar problemas tributarios especiales. Por este motivo, algunos autores sostienen que una nueva era fiscal ha comenzado. De acuerdo al Treasure Paper elaborado por Estados Unidos, el comercio electrónico contempla la eventualidad de realizar transacciones que involucren el intercambio de bienes o servicios entre dos o más partes utilizando técnicas y herramientas electrónicas. No se debe incluir un principio de discriminación fiscal en la práctica del comercio electrónico. Se prevé que algunos países gravarán el comercio electrónico utilizando como criterio los ingresos brutos, mientras que otros países, como Estados Unidos, lo harán en función de la residencia. Sin embargo, existe una Declaración Conjunta de 5 de diciembre de 1997 firmada entre Estados Unidos y la Unión Europea relativa a la tributación del comercio electrónico, que determina que la misma deberá ser clara, consistente, neutral, y no discriminatoria.⁶²

Las regulaciones del GATS y las reglas del comercio electrónico no se encuentran vinculadas estrechamente con los derechos humanos, pero trazan un marco general relativo al principio de no discriminación.

61. Véase Antonio Uckmar, "Aspetti Fiscali nelle Regole della Organizzazione Mondiale del Commercio (PMC/WTO)", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 886 y ss.

62. Véase Rubén Asorey, "Un Desafío para el Derecho Tributario Latinoamericano del Tercer Milenio", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo 1999, pp. 51 y ss.

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y EL SECRETO PROFESIONAL

En relación a otro problema, el art. 2 (5) de la Constitución peruana y el art. 15 inciso 4 de la Constitución colombiana consagran el secreto profesional a favor de los contribuyentes, pero al mismo tiempo, señalan que el mismo puede ser inobservado en función de la aplicación de los tributos.⁶³ El derecho a la privacidad se encuentra comprendido en la *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre* en su art. V, en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en el art. 17, y en la *Convención Europea de Derechos Humanos* en el art. 7. El derecho a la privacidad debe ser reconocido con ocasión de la aplicación de los tributos. El secreto profesional de los contribuyentes es un importante componente del derecho a la privacidad. El art. 26 del *Modelo de Convenio* de la OCDE y la *Directiva 77/99* de la Comunidad Europea se refieren al cruce de información entre estados partes. La información tributaria debe ser monitoreada cuidadosamente. De igual manera, cada país debe proceder en su gestión interna. La información necesaria para la aplicación de los tributos deberá mantenerse en reserva. Un Estado miembro puede rehusarse a proveer información que involucre secreto comercial, profesional, industrial, procese un secreto comercial o sea contrario al orden público.

El art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos incluye el derecho a la privacidad, que involucra a la vida de familia, el hogar y la correspondencia. Existen excepciones relativas a seguridad nacional, seguridad pública o bienestar económico del Estado, prevención del desorden y del crimen, protección de la salud, moral y protección de los derechos y libertades de otros. En el caso *Funke*,⁶⁴ el contribuyente fue condenado a pagar una multa diaria de 50 francos hasta que presentara los documentos re-

63. El art. 2 (5) dispone: "El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado". El art. 15, inciso 4, dispone: "Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

64. M. Dasse, "Human Rights, European Law and Tax Law: The Implications of the Judgments of the Court of Human Rights in the *Funke* and of the European Court of Justice in *re Corbiau*", *EC Tax Review*, 1994/3, pp. 80 y ss. El autor concluye que: "The *Corbiau* Case and the *Funke* case are evidence that the basic rights which lay at the basis of the *European Convention on Human Rights* and which also constitute general principles of Community law are applicable in the tax field, as in any other field of the law", p. 90. El énfasis es añadido.

queridos. Previamente las autoridades aduaneras francesas habían ordenado al Sr. Funke que presentara sus cuentas en bancos foráneos de los últimos tres años. La Corte de Derechos Humanos falló en el sentido de que había ocurrido una violación del derecho a la privacidad. Sostuvo que la medida fue desproporcionada en relación con el objetivo perseguido. Adicionalmente, la Corte tomó en cuenta la ausencia de control judicial. En su fallo, la Corte sostuvo que los estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación para apreciar la necesidad de una interferencia. Señaló de igual forma que las excepciones señaladas en el numeral 2 del art. 8 deben ser interpretadas restrictivamente y su necesidad para un caso determinado debe ser establecida con pleno convencimiento.

Respecto del derecho a la privacidad, el profesor P. R. McDaniel se refiere al sistema tributario de los Estados Unidos de América, en el que se prohíbe al Internal Revenue Service IRS (Servicio de Rentas Internas) el divulgar cualquier información sin el consentimiento expreso del contribuyente.⁶⁵ Sin embargo, el IRS puede requerir información con el objeto de determinar la cuantía de los tributos. McDaniel cita que el contribuyente se encuentra protegido por la Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, que contempla el derecho a ser protegido en contra de búsquedas y persecuciones irrazonables. En relación con el derecho a la privacidad en el régimen tributario mexicano, Olavarrieta reporta que son potestades de las autoridades tributarias, entre otras, la facultad de verificar las cuentas de los contribuyentes, sus propiedades y bienes, y el requerir información.⁶⁶ Sin embargo, estas facultades no son absolutas. Las autoridades tributarias se encuentran obligadas a guardar absoluta reserva sobre la información provista por los contribuyentes.⁶⁷ Los arts. 20 de la Constitución boliviana, 15 de la Constitución colombiana, 23 (13) de la Constitución ecuatoriana, 2 (5) de la Constitución peruana y 48 de la Constitución venezolana consagran el derecho a la privacidad. Acompaña a este principio la prohibición de interferencia arbitraria o ilegal de la correspondencia y del secreto profesional. Las constituciones colombiana y peruana al propósito regulan el derecho a la privacidad en conexión con la materia tributaria. La

65. P. R. McDaniel, "Taxation and Human Rights", Memorias del Seminario llevado a cabo en Bruselas, en 1987, durante el 41 Congreso de la International Fiscal Association.

66. P. Olavarrieta, "Taxation and Human Rights", *ibid.*

67. Véase J. Malherbe, "Protection of Confidential Information in Tax Matters", *General Rapport, Cahiers de Droit International*, IFA, 1991. El autor sostiene: "The right to assess taxes does not legitimate, more than other public interests, all intrusions into the private realm of individuals", p. 68.

creación, determinación y recaudación de los tributos puede ser consideradas inválidas si no se respeta al derecho a la privacidad.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y TRIBUTACIÓN:

CAPACIDAD CONTRIBUTIVA, TRIBUTOS

CONFISCATORIOS, DOBLE IMPOSICIÓN

El derecho a la propiedad se encuentra contemplado en las constituciones andinas y en convenios internacionales. Los arts. 7, I y 22 (I, II) de la Constitución boliviana establecen el derecho a la propiedad. Este derecho puede ser individual o colectivo y debe tener una función social. De otra manera, el derecho a la propiedad podría ser expropiado.⁶⁸ Los arts. 58, 60, 61 de la Constitución colombiana consagran el derecho a la propiedad. Este derecho debe cumplir una función social. De igual manera se reconoce el derecho a la propiedad intelectual.⁶⁹ Los arts. 23 (23) y 30 de la Constitución ecuatoriana establecen el derecho a la propiedad. También en el Ecuador este derecho debe cumplir una función social. De igual manera se reconoce el derecho a la propiedad intelectual. El derecho a la propiedad se establece con el objeto de organizar la economía.⁷⁰ El art. 70 de la Constitución peruana reconoce el derecho a la propiedad. Este derecho debe ser ejercido en conformidad con el bien común.⁷¹ El art. 115 de la Constitución venezolana consagra similarmente el derecho a la propiedad. En él se incluye la obligación de pagar impuestos y otras obligaciones de tipo general.⁷² El

68. El art. 7, I de la Constitución boliviana señala: "Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: A la propiedad privada individual o colectivamente siempre que cumpla su función social". El art. 22 dispone: "I. Se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo. II. La expropiación se impone por causa de utilidad pública cuando una propiedad no cumple una función social, calificada conforme a la ley y previa indemnización justa".

69. El art. 58 de la Constitución colombiana establece que: "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. La propiedad es una función social que implica obligaciones, como tal le es inherente una función ecológica". El art. 61 dispone: "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley".

70. El art. 30 de la Constitución ecuatoriana manda que: "La propiedad en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía. Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes".

71. El art. 70 de la Constitución peruana señala: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común dentro de los límites de la ley".

72. El art. 115 de la Constitución venezolana prescribe: "Se garantiza el derecho de propiedad. Toda

art. XXIII de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* garantiza el derecho a la propiedad. Su texto es como sigue: “Art. XXIII: Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. El art. 21 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* se refiere también al derecho a la propiedad. Su texto señala: “Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”. De acuerdo con las constituciones andinas así como de conformidad con los convenios internacionales, el derecho a la propiedad no es absoluto. Sin embargo, debe ser suficiente para mantener la dignidad del individuo y de su familia. Esto significa la manutención familiar. La aplicación de los tributos puede violar el derecho a la propiedad, pero también puede ocurrir que produzca una disminución razonable del patrimonio del contribuyente. La tributación se traza en fundamento del principio de beneficio o en referencia al principio de capacidad contributiva. Otros sistemas han sido diseñados de forma mixta.

El principio de capacidad contributiva representa la equidad en la tributación. Solo signos de capacidad económica puede ser gravados. Estos signos son el ingreso, el patrimonio, las transacciones comerciales, las herencias y otras que representan capacidad económica. La religión, género, lenguaje, nacionalidad, raza y otras situaciones por sí mismas no son demostrativas de capacidad contributiva y los tributos aplicados en función de estos criterios son violatorios del derecho a la propiedad. Adicionalmente, la tributación debe ser diferenciada según sea diferente la capacidad económica de los contribuyentes. No todos los contribuyentes pueden pagar los mismos tributos. Los niveles de imposición dependerán de la capacidad económica. La aplicación de tarifas progresivas ha sido empleada con el objeto de obtener la mejor equidad posible en el régimen tributario. Estas tarifas tienen especial importancia en cuanto se refieren a la imposición de la renta.

persona tiene el derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general”.

Las tarifas progresivas difieren de las tarifas proporcionales. El sistema progresivo opera cuando la tarifa tributaria se incrementa a medida que se aumenta la base imponible. La proporcionalidad ocurre cuando una tarifa inalterable se aplica a cualquiera base tributaria. Las tarifas progresivas atentan contra la capacidad económica de los contribuyentes, más de lo que afectan las tarifas proporcionales. Algunas constituciones consagran el principio de tributación progresiva.⁷³ Los tributos a la renta permiten la aplicación de tarifas progresivas y, en la práctica, no se pueden aplicar a otros tributos como los arancelarios, el impuesto a las ventas, los impuestos al consumo y otros similares. Los impuestos directos son apropiados para considerar las tarifas progresivas, mientras que los impuestos indirectos no lo son. En resumen, es difícil arribar a un sistema tributario general que se diseñe totalmente bajo tarifas progresivas.

Las tarifas progresivas excesivamente altas pueden quebrantar libertades públicas, porque puede impedir que los contribuyentes satisfagan sus necesidades básicas. Entonces, la libertad económica, la libertad de empresa, la libertad de contratación, entre otras, pueden experimentar daños. Se puede analizar, caso por caso, la aplicación de tarifas progresivas con el objeto de establecer cuál es el detrimento que sufren las antedichas libertades. El derecho a la propiedad, de modo general, supone la libertad económica, la libertad de empresa y la libertad de contratación sobre bienes y patrimonios. García Añoveros, en referencia al régimen europeo, cita puntos de vista precisos: la libertad de circulación de capitales impide la aplicación de tarifas progresivas; el sistema tributario nacional generalmente aplica tarifas progresivas sobre las utilidades de capital; los sistemas tributarios nacionales aplican tributos sobre el capital con el objeto de alentar la inversión. En la práctica, las utilidades sobre el capital no se incluyen en el sistema tributario de renta global. La progresividad en la tributación, sin las utilidades so-

73. El art. 53, 2 de la Constitución Italiana señala: "Il sistema tributario è informato a criteri di progressività". Por su parte, el art. 31, 1 de la Constitución española dice: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que, en ningún caso tendrán alcance confiscatorio". El art. 27 de la Constitución boliviana manda que: "Los impuestos y demás cargas públicas obligan igualmente a todos. Su creación, distribución y supresión tendrán carácter general, debiendo determinarse en relación a un sacrificio igual de los contribuyentes, en forma proporcional o progresiva, según los casos". El art. 363 de la Constitución colombiana señala: "El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad". El art. 316 de la Constitución venezolana establece que: "El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población y se sustentará para ello en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos".

bre el capital, no produce efectos progresivos.⁷⁴ Las tarifas tributarias progresivas por sí mismas no producen un quebrantamiento de la libertad económica y similares. Un nivel exagerado en las tarifas tributarias progresivas puede violar esas libertades. Aún más, el sistema tributario progresivo es deseable, pero no es esencial para preservar los derechos humanos y las libertades. Sin embargo, la aplicación de tarifas progresivas es obligatoria cuando las constituciones de algunos países consagran este principio en sus textos.

Los arts. 23 de la Constitución boliviana, 34 de la Constitución colombiana, 33 de la Constitución ecuatoriana, 74 de la Constitución peruana y 116 de la Constitución venezolana prohíben la confiscación. Esta es considerada como un castigo arbitrario. El art. 21, 2 de la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* se refiere a la confiscación, señalando: “Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. El mencionado art. 74 de la Constitución peruana se refiere a los tributos confiscatorios.⁷⁵ Algunos autores sostienen la teoría de que los tributos altos son confiscatorios. Esto se aplica principalmente a los tributos sobre la renta. Las tarifas de impuesto a la renta se han incrementado especialmente en la última época. Un régimen tributario mirado en forma global también puede considerarse confiscatorio. La confiscación se puede conceptualizar como una forma de castigo similar a la multa, o puede considerarse como un efecto nocivo de la tributación que vulnera el derecho a la propiedad. No es fácil responder cuál es el límite al nivel de la

74. Jaime García Añoveros, “Progresividad e Impuesto personal”, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*. Montevideo, 1999. El autor sostiene que: “La libertad de movimiento de capitales, y el designio de eliminar discrepancias en la tributación directa de sus productos, conduce a situaciones incompatibles con el principio de la tributación personal y progresiva de la renta global; las rentas mobiliarias quedan así, en gran medida al margen de la progresividad; se produce un conflicto entre la racionalidad económica de las políticas integradoras, la equidad tributaria, tal como es contemplada por cada país, y las necesidades recaudatorias de los países miembros. En realidad un conflicto de esta clase sólo se resolvería mediante la homogeneización de las normas tributarias referentes a los rendimientos del capital mobiliario y a los capitales mismos, lo cual, así mismo conduciría a la homogeneización de los impuestos personales globales, es decir a la práctica pérdida de la soberanía tributaria de los países miembros, lo que, a su vez, condicionaría las posibilidades de que cada país fijara libremente los niveles de gasto público”.

75. El art. 74, inciso 2 de la Constitución peruana señala: “Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de la jurisdicción y con límites que señala la ley. El Estado al ejercer la potestad tributaria debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio”.

tributación. El incremento de las necesidades públicas supone que se aplique una gran cantidad de tributos. De igual forma, pueden presentar fenómenos de finanzas extraordinarias como el estado de guerra y otras circunstancias similares. Entonces, una cantidad increíble de tributos deben ser aplicados sin que puedan considerarse expropiatorios. Se puede sostener entonces, que el principio fiscal de no confiscatoriedad no es absoluto.⁷⁶ La Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha sostenido que las tarifas progresivas altas no son inconstitucionales. En su fallo, ha expresado que con respecto a la potestad de imposición, la extensión de la carga tributaria es materia discrecional de los legisladores, aun en el supuesto de que dicho tributo destruya un negocio, no puede ser considerado inválido ni se podrá exigir compensación por tal efecto. De forma contraria, la Corte Suprema Argentina ha señalado que una tarifa del 33% sobre las utilidades en la venta de inmuebles es inconstitucional.⁷⁷ En suma, la aplicación de tarifas progresivas altas por sí misma no es ilegal, aunque pueda constituir un inconveniente y contraríe el principio de eficiencia. Adicionalmente, puede destruir en ciertos casos la capacidad económica y conculcar el derecho a la propiedad. El art. 17 (2) de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* establece que: “Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Cuando los tributos no han sido creados en conformidad a leyes previamente expedidas, existe una violación del derecho a la propiedad, igual cosa ocurre cuando la tributación produce una fuerte reducción del patrimonio del contribuyente.

El art. 7 (d) de la Constitución boliviana consagra el principio de la libertad de comercio, o en general, de la libertad de empresa.⁷⁸ Este principio

76. José Vicente Troya, “El nuevo derecho constitucional tributario ecuatoriano”, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 453. El autor, al referirse al sistema vigente en la Constitución ecuatoriana sostiene que: “La confiscación está expresamente prohibida (art. 33). Se ha enunciado como un principio de la tributación la no confiscatoriedad. Al efecto se ha sostenido que no caben tarifas impositivas excesivas. Es difícil establecer cuando ocurre ello. Los países desarrollados aplican, singularmente en el impuesto a la renta, tarifas elevadas, algunas que serían inconcebibles en nuestro medio. Lo que se denomina finanza extraordinaria que se utiliza en los casos de guerra, conmoción u otros similares, puede exigir la aplicación de tarifas muy elevadas, incompatibles en tiempos normales. Ello relativiza aún más el principio de no confiscatoriedad. Los casos anómalos que puedan darse deben solucionarse dentro del marco de la capacidad contributiva”.

77. Véase Victor Uckmar, “Principi Comuni di Diritto Costituzionale Tributario”, en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 103-106.

78. El art. 7 (d) de la Constitución boliviana señala: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: d) A trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad que no perjudique al bien colectivo”.

incluye el derecho al trabajo. El art. 333 de la Constitución colombiana también contempla la libertad de empresa, incluyendo en ella la libertad de competencia y la libertad económica.⁷⁹ El art. 26 (23) de la Constitución ecuatoriana establece la libertad de empresa.⁸⁰ Los arts. 58, 59 y 61 de la Constitución venezolana establecen la libertad de empresa, la libertad de trabajo, la libertad de comercio, la libertad de industria y la libertad de competencia.⁸¹ El art. 112 de la Constitución venezolana consagra la libertad de actividad económica y la libertad de empresa.⁸² El art. XIV de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* consagra el derecho al trabajo. El art. 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también consagran el derecho al trabajo. El art. 17 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. La libertad de empresa debe considerarse comprendida en la expresión colectivamente. De otra forma, dicha expresión no tendría sentido. El derecho a la propiedad a favor de una persona es el mismo derecho a la propiedad a favor de dos o más per-

79. El art. 33 de la Constitución colombiana dispone: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos sin autorización de la ley. La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se restrinja la libertad económica y evitará o controlará que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

80. El art. 23 (16) de la Constitución ecuatoriana manda que: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: 16. La libertad de empresa con sujeción a la ley”.

81. Los arts. 58, 59 y 61 de la Constitución peruana señalan: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. “El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufran cualquier desigualdad; promueve pequeñas empresas en todas las modalidades”. “El Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que lo limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios”.

82. El art. 112 de la Constitución venezolana dice: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, sin perjuicio de la facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”.

sonas. “Colectivamente” significa desarrollar actividades económicas conjuntas. Adicionalmente, el art. 22 (1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos determina que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras. Esta disposición debe ser interpretada de modo amplio. No concierne exclusivamente a las asociaciones de trabajadores, reconocidas en el art. 8 (1) (a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La libertad de trabajo, de empresa, de comercio y de industria, conjuntamente conforman la libertad de actividad económica. Los tributos frecuentemente son aplicados sobre la base de estas actividades, pues las mismas demuestran capacidad económica y contributiva, sin embargo, el régimen tributario no debe violar esas libertades y actividades. Tarifas exorbitantes de impuesto a la renta o de otros tributos pueden ser violatorias de esas libertades, en especial de la libertad de trabajo y del derecho al trabajo, pues, impiden que los contribuyentes satisfagan sus necesidades básicas. La falta de una base mínima libre de impuestos también puede resultar violatoria de estas libertades y derechos. El nivel de las tarifas progresivas de tributos sobre la renta puede ser distinto entre uno y otro país. De forma general, los países desarrollados aplican tarifas progresivas más altas que aquellas vigentes en los países en desarrollo. No existe una fórmula general. De cualquier forma, en cada situación particular debe existir un nivel adecuado de tarifas progresivas que no debe ser sobrepasado.

La libertad de empresa, la libertad de comercio y la libertad de industria pueden sufrir iguales consecuencias. La falta de aplicación del costo histórico, incluyendo el costo de reemplazo y otras deducciones a los ingresos brutos, previo a la aplicación de las tarifas progresivas de tributos sobre la renta, pueden violentar la libertad de empresa y también el derecho a la propiedad, pues, en este caso, el patrimonio del contribuyente estaría siendo reducido injustamente. La falta de aplicación de deducciones personales o de exenciones personales previas al cobro del impuesto individual sobre la renta puede violar la libertad de trabajo, pues, en este caso, las prerrogativas del trabajador estarían siendo abusivamente afectadas. Existen otras situaciones análogas: casos en los que un valor tributario justo no es aceptado para aplicar la tarifa tributaria; exenciones tributarias no consideradas; casos en los cuales la base imponible real no ha sido aceptada por la Administración; no devolución de impuestos, cuando se tiene derecho a ella, entre otros. En todos estos casos la libertad de empresa y similares libertades y derechos son conculcados. En lo que respecta a los tributos indirectos, como los arancelarios, impuestos a la venta, impuestos a las transferencias, cuya carga se traslada al consumidor final, también pueden atentarse contra el derecho a la

propiedad y otros derechos similares cuando los mismos impiden la adquisición normal, la disposición y el tráfico de bienes y servicios. Puede ocurrir que el incremento de la tributación o la doble tributación afecten la circulación de ciertos tipos de bienes y servicios, produciendo distorsiones económicas que obstaculicen a los individuos o a las compañías el ejercicio de sus derechos y el disfrute de sus libertades. La aplicación de impuestos a las ventas y consumos pueden producir los efectos mencionados.

El art. 244 de la Constitución ecuatoriana establece igual tratamiento a las empresas públicas y a las privadas. Esto implica que ambos tipos de empresas están sometidas al mismo régimen tributario, bajo el supuesto que desarrollen sus actividades dentro de un mercado abierto. Esta regulación no es aplicable a los prestadores de servicios públicos. En el supuesto de que las empresas públicas y las privadas desarrollen estas actividades en el mismo ámbito y sean sometidas a distintas reglas, incluyendo un distinto tratamiento tributario, la libertad de competencia estaría siendo violentada.⁸³ El art. 60 de la Constitución peruana establece también un tratamiento equitativo a empresas públicas y empresas privadas. Ello implica que el régimen tributario sea similar. En los países con economías de mercado, la libertad de empresa comprende la libre competencia. En la relación con la inversión extranjera, el art. de la Constitución peruana también consagra la equidad en el tratamiento a la inversión nacional y la inversión extranjera.⁸⁴ Con referencia a la inversión extranjera, el art. 301 de la Constitución venezolana, también establece igual tratamiento a la inversión extranjera y a la inversión nacional, al tiempo que establece el principio de no discriminación con respecto a la inversión nacional.⁸⁵ En este caso, la discriminación respecto de la inversión nacional se denomina “reboarse” y es más justificable que la discriminación a la inversión extranjera. Los Países Andinos se

83. El art. 244 de la Constitución ecuatoriana prescribe: “Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponde: 1. Garantizar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizará la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones”.

84. El art. 66, inciso 1 de la Constitución dispone: “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede en defensa de éste, adoptar medidas legales”.

85. El art. 301 de la Constitución venezolana refiere: “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a empresas y organismos o personas extranjeras regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.

encuentran vinculados por la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena. Esta Decisión se refiere al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Otorga a los inversionistas extranjeros los mismos derechos y obligaciones que tienen los inversionistas nacionales, con excepción de lo estipulado en las leyes nacionales. Reconoce el derecho de los inversionistas extranjeros a transferir al exterior, en moneda extranjera de libre cambio, las utilidades netas probadas de su inversión directa, en los términos establecidos en cada uno de los países de la subregión. Elimina el requisito de la autorización previa, a la cual los inversionistas extranjeros estuvieron sometidos en el pasado. La única formalidad a la que se encuentran sometidos es el registro, cuyo objeto es que los estados puedan verificar su conformidad con los contratos de transferencia de tecnología. La Decisión abre el mercado subregional a los bienes producidos por compañías extranjeras, previendo para tal efecto, que las disposiciones correspondientes de origen se encuentren satisfechas.⁸⁶ El tratamiento equitativo a la inversión extranjera puede incluir el régimen tributario. Un diferente régimen tributario sobre la inversión extranjera puede fundarse en motivos de política económica. Los estados tienden derecho a imponer su propia política económica. La tributación es una importante herramienta para conducir esta política. Por esa razón, el tratamiento equitativo no significa necesariamente la aplicación de similares tributos. En esos casos, no existe discriminación para con los inversionistas extranjeros.

Los tributos medioambientales son de frecuente aplicación en la actualidad. Los mismos no forman parte de la presente disertación, mas, pueden también quebrantar la libertad de empresa así como otras libertades y derechos.

El principio de equidad se debe considerar ampliamente en la aplicación de los tributos. La doble imposición local, conocida también como tributación o imposición reiterativa y la doble imposición internacional pueden atentar en contra del principio de equidad, la libertad de empresa, la capacidad económica de los contribuyentes así como su capacidad contributiva. Existen, además, otros temas de tributación internacional que ameritan ser analizados.⁸⁷

86. La Decisión 291 *Régimen de Tratamiento Común a los Capitales Extranjeros, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, fue firmado el 21 de marzo de 1991. Véase comentarios en la página web www.comunidadandina.org.

87. J. Van Hoorn, "Methods and Instruments to Study", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 929 y ss.

La imposición reiterativa ocurre cuando a un mismo objeto tributario se le aplican dos o más veces un tributo. El volumen total de la contribución, derivada de este supuesto, puede ser desproporcionado. Por ello, la libertad de empresa y sus similares pueden verse afectados. La potestad tributaria normalmente pertenece a los estados. Es una derivación de su soberanía. De acuerdo al régimen político, la potestad tributaria puede pertenecer a la nación o sus estados federados o provincias. Se la ejerce de forma concurrente en los estados federales. Ello ocurre en los Estados Unidos de América, en México, Argentina y Suiza. La potestad tributaria debe ser distribuida entre distintas entidades públicas, mas no siempre existen reglas claras acerca de cómo debe darse esa distribución. En esos casos, puede ocurrir la imposición reiterativa. Si esta imposición alcanza magnitudes de importancia, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad y otros, pueden resultar violentados.

No existe un principio general de acuerdo al cual se deba evitar la doble imposición internacional.⁸⁸ La doble imposición internacional ocurre cuando el mismo objeto es gravado por dos países en relación con el mismo contribuyente.⁸⁹ Existe doble imposición internacional jurídica y doble imposición internacional económica.⁹⁰ La potestad tributaria es ejercida por los países de conformidad con distintos criterios. Algunos países aplican tributos sobre los ingresos de sus residentes, incluyendo los que obtengan en el extranjero. Este sistema se denomina de renta global. Otros países solo aplican tributos a los ingresos obtenidos de fuentes internas en sus territorios. Existen otros países que aplican tributos a sus nacionales. Este criterio podría violar el derecho a la propiedad pues como ha quedado sentado, la na-

88. José Vicente Troya Jaramillo, "Derecho Internacional Tributario", Quito, Corporación Editora Nacional, 1990. En la p. 37 véase: "Que importante sería que se llegara a reconocer como un principio del DIT (Derecho Internacional Tributario), la improcedencia de la doble imposición, lo que serviría para sentar las bases firmes de este campo del derecho. La dificultad —como queda expresado— radica en que al reconocer este principio, implícitamente se estaría admitiendo por los Estados un condicionamiento a su soberanía".

89. Ernst Blumenstein, "Sistema di Diritto delle Imposte", Milano, Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1954. El autor señala: "Un caso di doppia imposizione si ha allorquando la medesima persona viene sottoposta per il medesimo oggetto, per el medesimo tempo alla stessa imposta in due Cantoni", p. 76.

90. J. Van Hoorn Jr., *ibid.*, sostiene: "Double taxation is a term which generally is used to indicate that the same object is taxed by two countries in respect of the same taxpayer referred to as international juridical double taxation. This excludes case of economic double taxation, which exists if there is not identity of person of the object concerned. A well-know case is that of companies —taxed on their profit— and their shareholders - taxed on the dividends they receive. For this latter kind of double taxation treaties generally provide no solution", p. 930.

cionalidad no es demostrativa de capacidad contributiva. Van Hoorn Jr. de forma concisa sostiene que la ley nacional determina si el sistema tributario se basa en la renta global o funciona bajo el sistema de territorialidad, al amparo del cual, solo la renta de fuente doméstica es sometida a tributación. En este último caso, la cuestión de la residencia es irrelevante, pues solo el lugar de la fuente es un factor determinante.⁹¹ La doble tributación internacional por sí mismo no es una tributación injusta, pero puede resultar conculcatoria del derecho a la propiedad, la libertad de empresa y otros, especialmente cuando como resultado de la misma se cobra a un mismo contribuyente una suma exorbitante, por lo que es deseable que se evite la doble tributación internacional. Los métodos más frecuentes para solucionarla son el crédito tributario⁹² y el método de exención.⁹³ Los países de residencia conceden a sus contribuyentes crédito por los tributos pagados en el país de la fuente. Esto significa que los países de residencia recogen menos ingresos tributarios, reconociendo los pagos realizados en el exterior como si hubiesen sido ingresados en sus propias arcas. Existe un peculiar método de crédito tributario, denominado *tax sparing*. Por este método, el país de la residencia otorga crédito tributario por los tributos pagados en el país de la fuente, así como por los tributos allí exonerados. De esta forma, las exoneraciones e incentivos concedidos en el país de la fuente operan en el país de residencia lo que aplica el sistema de renta global. Bajo el método de exención total (*full exemption method*) los ingresos solo se gravan en el país de la fuente.⁹⁴

91. *Ibid.*, p. 931.

92. J. Van Hoorn Jr., *ibid.* Respecto del método de crédito tributario, dice: "Under the credit method, the foreign income is basically subject to tax but any foreign tax thereon is deducted from (credit against) the corresponding national tax". p. 931.

93. Véase César Montaña Galarza, *El Ecuador y los problemas de la doble imposición internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1999. El autor refiere varios métodos para evitar la doble imposición internacional; estos son: exención, crédito tributario, *tax sparing*, deducciones como costos pagados en el exterior, distribución de la materia imponible, distribución de los tributos recaudados, entre otros. Estos métodos para evitar la doble imposición deben ser considerados de acuerdo con la capacidad contributiva de los sujetos pasivos. Estos métodos se proponen para facilitar las relaciones económicas internacionales en un modelo de globalización. Las consecuencias sobre los contribuyentes resultantes de la aplicación de cada método no son analizadas. La aplicación de los tributos domésticos así como la aplicación de los tributos internacionales deben ser analizados, caso por caso, para establecer sus efectos sobre el impuesto a la renta individual. Estos efectos pueden atentar contra el principio de equidad. Consideraciones similares pueden hacerse respecto de la libertad de empresa y otros.

94. A. J. Eason, "Taxation of Direct Investment, an introduction", *Kluwer Series on International Taxation* # 24. Eason sostiene: "Under the full exemption method income that is taxable in the source country is not taken into account at all in the residence country in determining the taxpayer's total

Existen también otros aspectos conexos a la imposición internacional que deben ser estudiados. Los procesos de globalización producen efectos peculiares sobre la debida aplicación de los tributos.⁹⁵ Uckmar señala cuales son estos efectos: gran dificultad para determinar e imponer las tarifas a los intereses sobre los capitales volátiles; competencia tributaria entre los países para alentar la inversión; comercio electrónico off-shore. Uckmar también se refiere al Reporte de la OCDE sobre la Competencia Tributaria Dañosa. Este documento no vinculante considera que se ha creado un ambiente en el cual priman los paraísos fiscales y los gobiernos deben adoptar medidas que inserten un régimen preferencial dañino, para atraer más actividades móviles.

La Quinta Recomendación de la OCDE se refiere a la información tributaria. La Séptima Recomendación de la OCDE también se refiere al acceso a la información bancaria del contribuyente con propósitos fiscales. Estas dos Recomendaciones demuestran que el interés del contribuyente es tomado en cuenta y que el derecho a la información se encuentra protegido. Respecto al comercio electrónico, el autor se refiere el bit-tax, el cual podría operar sobre el comercio electrónico vía internet.⁹⁶

Las utilidades de las empresas multinacionales suscitan el tema de su localización en los diferentes países, los cuales, dentro de una política de competencia, aplican tarifas más bajas o conceden mayores incentivos tributarios para alentar la inversión. Suelen, además, permitir la reducción efectiva de tarifas tributarias a las empresas, pero incrementan la tarifa que se aplica a los contribuyentes individuales, lo cual también puede violentar el principio de equidad.⁹⁷

tax liability. Alternatively, the exemption with progression method may be employed: under that system, the foreign-source income is no taxed in the country of residence but is taken into account in determining the total income of the recipient, and hence, the rate of tax imposed on the rest of his or her income", p. 33.

95. José Vicente Troya Jaramillo, "Derecho Internacional Tributario", pp. 39 y ss.

96. Víctor Uckmar, "Introduzione", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 12 y ss. El autor sostiene: "Da più parti si auspica anche l'introduzione di regoli fiscali perche la globalizzazione crea preoccupazione per la riduzione del gettito principalmente per effetto: 1. della difficoltà di accertare, e quindi gravare de imposte redditi provenienti da capitale estremamente volatili, il che determina altresì sperequazioni con altri tipi di redditi più legati al terreno (come redditi immobiliari e quelli di lavoro subordinato); 2. della concorrenza delle legislazione atte a attrarre la collocazione delle attività produttive: 3. della utilizzazione di mezzi di comunicazione, in particolare internet a E-mail che hanno aperto l'off-shore electronic commerce, che può sfuggire al controllo del Fisco e quindi a la tassazione", p. 12.

97. Vito Tanzi, "Globalization, Tax Competition by the future tax systems", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, p. 23 Tanzi reconoce que las empresas pueden pagar menos tributos mientras

Otro aspecto ligado a la tributación internacional y derechos humanos concierne al principio de no discriminación fiscal, presente en los convenios internacionales, para evitar la doble imposición internacional. Este principio debe ser analizado en tres niveles: el derecho interno, el derecho supranacional o derecho comunitario, y los tratados internacionales para evitar la doble tributación internacional. También debe incluir los tratados internacionales en materia de derechos humanos y los convenios internacionales de comercio.

Primero que nada, es necesario tomar en cuenta que no existe, en el ámbito internacional, un principio generalmente reconocido que prohíba la discriminación fiscal. Tampoco existe una regla consuetudinaria que la condene. Ello implica que el principio de no discriminación fiscal, en el ámbito internacional, se aplica únicamente cuando existe un tratado o convenio que contenga una cláusula especial al respecto.

La Decisión 40 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena fue expedida a mediados de los años setenta. A través de la misma se aprobó el acuerdo para evitar la doble imposición internacional entre los Países Miembros, así como el acuerdo estándar para evitar la doble imposición internacional entre los países miembros y terceros estados foráneos a la subregión. En ambos acuerdos, no existe ninguna regla relativa al principio de no discriminación fiscal.

Algunas convenciones para evitar la doble imposición han sido celebradas entre el Ecuador y países desarrollados. Otros Países Andinos han concluido iguales convenios. Estos acuerdos se han elaborado siguiendo el Modelo de la OCDE, a pesar de que los Países Andinos siguen principalmente el principio de la fuente, también conocido como principio de territorialidad. En relación al principio de no discriminación fiscal, se sigue en los convenios mencionados, un patrón similar al del Modelo de la OCDE.⁹⁸

que los trabajadores pueden pagar más, lo cual viola el principio de equidad. Al final de la p. 6 incluye esta cita: "For example, tens of billions of U.S. dollars of Latin American capital escaped taxation in Latin American by being deposited abroad, especially in the United States, in no residents' accounts which were not taxed by the United States". Los países latinoamericanos deben incrementar la gravosidad a los contribuyentes finales, con el objeto de reemplazar la no tributación sobre los ingresos de capital. Esto también violenta el principio de equidad. En la p. 38 Tanzi resume los efectos de la competencia fiscal: "The world is waking up to the realization that tax competition is not always a good thing. In fact it may create difficulties for countries by: a) eventually leading to lower tax revenue b) by changing the structure of tax systems in directions no desired by policymakers, and c) by reducing the progressivity of tax systems thus making them less equitable".

98. Por ejemplo, el art. 25 del Convenio para evitar la Doble Imposición suscrito entre Italia y Ecuador, el cual dice a la letra: "No Discriminación. 1. Los nacionales de un Estado Contratante no serán so-

El art. 24 del Modelo de Convenio Internacional para evitar la Doble Imposición Internacional de la OCDE no contiene un principio de no discriminación fiscal. Las convenciones celebradas entre los Países Andinos y países desarrollados, tampoco contienen dicho principio. Sin embargo, no siempre se incluyen, en los convenios de doble imposición, cláusulas que refieran el principio de no discriminación fiscal. Adonnino pertinentemente sustenta que las situaciones de doble imposición no siempre suponen discriminación y señala que las situaciones discriminatorias no siempre se conectan con las situaciones de doble imposición. Los casos en los cuales ocurre la doble imposición son ciertamente perjudiciales, pero no siempre comportan discriminación, y a su vez, las situaciones discriminatorias no siempre tienen que ver con casos de doble imposición.⁹⁹ En relación a los derechos humanos, el art. 24, incisos 1 y 2 del Modelo de la OCDE, establece algunas reglas importantes. El inciso 1 establece que el Estado Contratante no debe someter, al nacional del otro Estado Contratante a ningún tributo diferente o más gravoso que aquellos que se aplican a sus nacionales en iguales circunstancias. El inciso 2 determina una igualdad de tratamiento hacia los apátridas, similar a aquel que se prevé para los residentes de los estados con-

metidos en el otro Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de este otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones. No obstante lo dispuesto en el art. 1, la presente disposición se aplica también a los nacionales de cualquiera de los Estados Contratantes aunque no sean residentes de ninguno de ellos. 2. Los establecimientos permanentes que en una empresa de un Estado contratante tengan en el otro Estado Contratante no serán sometidos a imposición en éste Estado de manera menos favorable que las Empresas de este otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a conceder a los residentes del otro Estado Contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares. 3. A menos que se aplique las disposiciones del art. 9, del párrafo 7 del art. 11 o del párrafo 3 del art. 12, los intereses, regalías (cánones) y otros gastos pagados por una empresa de una Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a disposición de esta empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer término. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado Contratante relativas a un residente del otro Estado Contratante son deducibles para la determinación de patrimonio imponible de esta empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del primer Estado. 4. Las empresas de un Estado contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante no están sometidas en el primer Estado Contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares del primer Estado. 5. No obstante las disposiciones del art. 2, lo dispuesto en el presente art. se aplica a todos los impuestos, cualquiera sea su naturaleza o denominación”.

99. Pietro Adonnino, “No discrimination rules in international taxation”, *Cahiers of International Fiscal Association*, vol. 78b, 1993, p. 34.

tratantes.¹⁰⁰ La expresión “en iguales circunstancias” tiene relación con “circunstancias substancialmente similares tanto de hecho como de derecho”. Por ejemplo, los extranjeros que no se encuentran sometidos al sistema de renta global y los ciudadanos de los Estados Unidos de América no se consideran sometidos a las mismas circunstancias.¹⁰¹ Los tratados comerciales también incluyen cláusulas de no discriminación. Adonnino se refiere al art. 4 del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, concluido entre Holanda y Yemen en 1985.¹⁰² De acuerdo a lo anotado anteriormente, la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena determina igual tratamiento a los inversionistas extranjeros, lo cual puede incluir el tratamiento tributario. Sobre su interpretación, ninguna cláusula de no discriminación incluida en un tratado tributario o comercial suele vincularse a los convenios internacionales sobre derechos humanos. Lo que corresponde es establecer si una violación a los derechos humanos se produce o no en cada caso concreto.

EL ESTATUTO DEL CONTRIBUYENTE

El estatuto del contribuyente debe comprender, de forma general, los derechos y obligaciones de los contribuyentes. Estos derechos y deberes frecuentemente se encuentran incorporados en los textos constitucionales. De igual forma, también se establecen en regulaciones de menor importancia y jerarquía.¹⁰³ El estatuto del contribuyente incluye los deberes y derechos de los contribuyentes, pero su función principal es desarrollarlos y se caracteriza por su carácter pragmático.

De forma general, el órgano legislativo establece los tributos, y las administraciones locales, regionales y nacionales los aplican. Consecuentemente, existen dos tipos de facultades: unas que se refieren a la creación de los tributos y otras que se refieren a su aplicación. Las primeras conciernen a la facultad legislativa, las segundas, a la ejecutiva. La creación de tributos

100. *Ibid.*, p. 35.

101. *Ibid.*, p. 47.

102. *Ibid.*, p. 67.

103. En España se expidió el Estatuto del Contribuyente en 1998. El mismo se encuentra incorporado en la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Los Códigos Tributarios de Bolivia, Ecuador, Perú y Venezuela contienen principios generales en materia tributaria, al igual que los derechos y deberes de los contribuyentes. Existe un proyecto de Código Tributario que está siendo analizado en Colombia.

procede de la soberanía del Estado. Los individuos y las personas jurídicas se encuentran sometidos a la soberanía fiscal que prevalece sobre ellos. En relación a la aplicación de tributos, la situación difiere, pues la administración que es responsable de su recaudación y los contribuyentes, se encuentran en una situación de igualdad, regida por el principio de legalidad. En la Administración como los contribuyentes se encuentran sometidos a las regulaciones tributarias. En relación a la aplicación de los tributos, la Administración no tiene preeminencia sobre los contribuyentes. De modo preciso, N. O. Ashley claramente distingue entre tributación arbitraria y determinación incorrecta.¹⁰⁴

La aplicación de los tributos comprende la determinación y recaudación de los mismos. Ambas potestades son ejecutadas por la Administración. La creación de los tributos, su determinación y recaudación, deben ser llevadas a cabo en un orden secuencial. Los contribuyentes tienen derechos y obligaciones relativas a la creación de los tributos, su determinación y su recaudación. Los derechos humanos pueden ser infringidos durante los procesos de determinación y recaudación tributarias.

DEBERES DE LOS SUJETOS PASIVOS

La tarea principal de los contribuyentes consiste en pagar los tributos. Las constituciones consagran la obligación de contribuir mediante el pago de los mismos. Este deber concierne a nacionales y extranjeros, a individuos y a personas jurídicas. Como se mencionó previamente, los contribuyentes solo tienen el deber de pagar los tributos cuando los mismos han sido creados debidamente. Contrario sensu, ello significa que los contribuyentes pueden oponerse a pagar los tributos indebidamente creados. El principio de legalidad supone que los tributos, de forma general, y de acuerdo a los sistemas nacionales, deben ser establecidos por los órganos legislativos. La administración no puede crear tributos, como tampoco puede establecer ni modificar sus elementos esenciales, como son la materia imponible, la tarifa, las exoneraciones, las deducciones y otros. Existen pocos casos en los

104. N. D. Ashley, "The Juridical Guarantees of the Taxpayer vis-à-vis the Fisc", *Cahiers du Droit Fiscal International, International Fiscal Association*, Roma, vol. XXXIII, 1956, p. 7. El autor sostiene: "This contributions deals in the first place with the two main aspects of the subject, namely 1. the protection of the citizens against arbitrary taxation unsupported by legislative enactment, 2. the protection of the citizens against wrong assessment within regulations sanctioned by legislative enactment".

cuales el sistema legal prevé la delegación legislativa, mediante la cual se autoriza a la administración a determinar uno o varios de esos elementos. De esta manera, se acepta que el pago de los tributos es al propio tiempo, un derecho y una obligación. La jurisprudencia ha establecido que la creación de tributos mediante disposiciones administrativas no es válida.¹⁰⁵

Existen además otros deberes de los contribuyentes que son menos importantes que la obligación de pago. En algunos casos, los contribuyentes están obligados a presentar declaraciones. La omisión de este deber se castiga generalmente con la imposición de multas y recargos. Otros deberes de los contribuyentes consisten en pagar anticipos, llevar contabilidad, informar a las autoridades, entre otros. Cada uno de estos deberes es fijados de manera que la administración oportunamente efectúe la determinación y la recaudación de los tributos.

DERECHOS DE LOS SUJETOS PASIVOS

De acuerdo a lo que se mencionó anteriormente, existen diversos derechos de los contribuyentes que deben ser analizados.

El art. 8 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, se refiere al derecho a un debido proceso. A propósito de la materia fiscal, esta disposición señala: “Art. 8. Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Los arts. pertinentes de las constituciones andinas no se refieren expresamente a la materia tributaria. Sin embargo, sus regulaciones, de modo general, comprenden todos los ámbitos y materias administrativas.¹⁰⁶ Los contribuyentes tie-

105. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema del Perú ha señalado que: 1. La Sala determina que constituye una garantía constitucional que solo mediante ley o por una resolución autoritaria del Congreso se creen, modifiquen, supriman tributos y se concedan beneficios tributarios conforme lo establece el art. 139 de la Constitución de 1979, Expediente número 1023-94, sentencia de 14 de marzo de 1996. 2. El Congreso delegó al Poder Ejecutivo a través de la Ley No. 2589 las facultades para modificar los impuestos existentes y no pasa a crear nuevos como efectivamente se hizo, vulnerándose el principio de la legalidad de los tributos establecido en el segundo párrafo del art. 130 de la Constitución de 1979. Expediente 1376-95, sentencia de 23 de junio de 1996.

106. Los arts. 29 de la Constitución colombiana, 23 (27) de la Constitución ecuatoriana, 139 (3) de la Constitución peruana y 49, inciso 1 de la Constitución venezolana aluden al derecho al debido proceso.

nen derecho a reclamar frente a una determinación tributaria ilegal. Primero la propia administración y luego las cortes jurisdiccionales están obligadas a emitir decisiones y fallos adecuados. En el caso *Simmenthal*, la Corte Europea de Justicia dictaminó que todas las cortes nacionales deben aplicar el derecho comunitario de forma integral, y proteger los derechos que la Comunidad ha conferido a sus individuos.¹⁰⁷ La jurisprudencia puede ser aplicada en los Países Andinos, mas no existen casos similares que se hayan presentado ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Estos derechos y libertades forman parte del acervo del derecho comunitario.¹⁰⁸ Como hemos visto, al momento de efectuar la determinación, la Administración no es más importante que el contribuyente y en referencia a la determinación de las obligaciones tributarias no existe una relación de poder, sino de igualdad frente al sistema legal. Los procesos judiciales y administrativos regulan la determinación tributaria. En ellos la equidad respecto de las partes es de enorme importancia.¹⁰⁹ Los contribuyentes deben poder acceder fácilmente a los procesos administrativos y judiciales. Ello no ocurre cuando se imponen obstáculos económicos. Lubbers y Stevens apuntan las siguientes cuestiones: tarifas judiciales, depósitos compulsorios, representación en la corte de abogados y asesores tributarios, compensación de las expensas administrativas y posibles multas por apelaciones abusivas.¹¹⁰ El pago de tarifas judiciales no siempre se encuentra establecido. En ocasiones se encuentra ligado a limitaciones constitucionales. El art. 116 (10) de la Constitución boliviana determina que el sistema judicial es gratuito, lo cual comporta que no existen tarifas que pagar para acceder a las cortes. Adicionalmente a este art., la Constitución establece que la corte debe proveer de un defensor público que sirva a los indigentes, así como debe proveer de servicio gratuito de traducción a las personas cuyo idioma no sea el español. El art. 207 de la Constitución ecuatoriana determina que el servicio de justicia no es gratuito. Se incluyen algunas excepciones. El art. 139 (16) de la Cons-

107. A. Dirk, Dirk, A., "Direct Actions Before the Court of Justice and the Court of First Instance", en *Tax Protection in European Union*, Rotterdam, Dirk Albrgeste y Henk Van Arendonk, eds., Foundation for European Fiscal Studies / Erasmus University / Kluwer Editores, 1999, p. 4.

108. Rene Barends, "National Courts and Community Law: summary of case law on the Court of Justice", en *Taxpayer Protection in the European Union*, Rotterdam, Dirk Albrgeste y Henk Arendonk, eds., Foundation for European Fiscal Studies / Erasmus University / Kluwer Editores, 1998, p. 22.

109. Chris Geepard, "Thresholds for Access to the Tax Court", en *Tax Protection in European Union*, Rotterdam, Rotterdam, Albrgeste y Van Arendonk, eds., Foundation for European Studies / Erasmus University / Kluwer Editores, 1998, p. 36.

110. Lubbers and Stevens "Economic Obstacles in Access to the Court in Tax Matters", in *E.C. Tax Review*, Kluwer Editores, 1994, pp. 100 y ss.

titución peruana, también establece la gratuidad de la justicia, al igual que el art. 254 de la Constitución venezolana.

Otras cargas como los depósitos compulsorios y la representación ante la corte por abogados y asesores fiscales pueden ser realmente costosas e inconvenientes. Cuando la suma de estas cargas impide el acceso de los contribuyentes a los procesos administrativos y judiciales, dichas cargas atacan el derecho al debido proceso. Otro punto importante concierne al derecho de reparación de los daños provocados por los funcionarios de la Administración tributaria, así de aquellos que son producto del error judicial. Los arts. 22 de la Constitución ecuatoriana, 139 de la Constitución peruana y 49 (8) de la Constitución venezolana contiene importantes regulaciones acerca del derecho de los individuos a obtener la reparación de daños por los errores judiciales que atenten contra el principio del debido proceso.¹¹¹

Los contribuyentes tienen derecho a la devolución de impuestos. Ello ocurre cuando han satisfecho total o parcialmente tributos no causados. La administración debe devolver lo satisfecho indebidamente con los intereses respectivos. El principio de simetría debe ser aplicado. En tal virtud, los intereses de la devolución de tributos deber ser los mismos que la Administración cobra por la demora en el pago de los tributos. De otro modo, el derecho a la propiedad se vería vulnerado.¹¹² Las mismas reglas se aplican cuando las multas cobradas son indebidas. Ello sucede cuando la administración impone y cobra las multas y las cortes posteriormente determinan que las mismas tienen ese carácter por no existir la infracción. En este caso, la devolución de las multas debería efectuarse con intereses sin perjuicio de que por equidad se aplique la simetría.

Los contribuyentes tienen derecho a obtener información y, consecuentemente, la Administración tiene la obligación de proveer información a los contribuyentes. Las leyes y demás normas se suponen conocidas por todos

111. El art. 49 (8) de la Constitución venezolana señala: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia: 8. Toda persona podrá solicitar al Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados".

112. Véase Francis Lefebvre, *Estatuto del Contribuyente*, Madrid 1999, pp. 75 y ss. Véase Alonso-Murillo & others "Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes", Madrid, McGraw-Hill, 1998, pp. 81 y ss. El art. 10 de la *Ley española de Derechos y Garantías de los Contribuyentes* prescribe: "Los contribuyentes y sus herederos o causahabientes tendrán derecho a la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro con ocasión del pago de las deudas tributarias aplicándose el mismo interés de demora regulado en el art. 58.2.c. de la Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria".

los habitantes. Para poder cumplir con sus deberes tributarios, los contribuyentes pueden requerir ser informados de forma precisa y documentada sobre estas leyes y demás regulaciones, incluyendo las disposiciones administrativas. De hecho, los contribuyentes frecuentemente no conocen suficientemente las regulaciones tributarias. Por tal motivo, las autoridades deben organizar un sistema de información tributaria. De acuerdo con Delorme, la información es provista al contribuyente de tres formas: mediante publicaciones oficiales emitidas por las autoridades tributarias, mediante contestaciones proferidas por las autoridades tributarias frente a las interrogantes planteadas por los contribuyentes, y mediante publicaciones privadas expedidas por los asesores tributarios.¹¹³

La segunda cuestión será tratada aquí. La tercera cuestión depende de agentes privados que ganan honorarios dentro de su actividad profesional y no guarda relación con el tema de esta disertación. Las normas que regulan la información tributaria incluyen normas legales y órdenes administrativas que establecen procedimientos. Ambas deben ser claramente transmitidas a los contribuyentes. Las autoridades tributarias deben tener cuidado con la construcción del lenguaje y sus implicaciones. Muchas palabras tienen un sentido particular en materia tributaria, que no siempre es comprendido adecuadamente por los contribuyentes. Deben publicarse y difundirse folletos con información tributaria. Esta documentación no es vinculante para los contribuyentes, sirve solamente para su información. El derecho a recibir información fidedigna se vincula con la información tributaria administrativa. Los arts. 20 de la Constitución colombiana, 81 de la Constitución ecuatoriana, y 58 de la Constitución venezolana consagran el derecho a recibir información fidedigna.¹¹⁴

La asistencia al contribuyente es uno de los deberes esenciales de las autoridades tributarias. Consecuentemente, los contribuyentes tienen derecho a ser asistidos por la administración tributaria y el derecho a recibir información fidedigna.

El art. 5 del Estatuto Español del Contribuyente expresamente determina que la administración tributaria se encuentra obligada a prestar asisten-

113. Guy Delorme, "The dialogue between tax administration and the taxpayer up of the filing of tax return", *International Fiscal Association*, Kluwer, Cahiers, vol. 65a, 1980

114. El art. 58 de la Constitución venezolana manda que: "La comunicación es libre y plural y comprende los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial sin censura..."

cia a los contribuyentes.¹¹⁵ Delorme habla de prevención de errores y de fraude. De acuerdo con el autor, la prevención puede adoptar tres formas: información relativa a los errores comunes o fraudes; procedimientos que animen a los contribuyentes a no cometer fraude; y simplificación de las formas y formalidades empleadas.¹¹⁶ Prevenir a los contribuyentes es una forma de asistirlos.

Existen otros asuntos relacionados con el derecho a la información y la asistencia. Los contribuyentes deben ser escuchados por la Administración tributaria y tienen derecho a conocer las consecuencias de sus actos. Los contribuyentes tienen así mismo derecho a obtener respuesta oportuna sobre medidas fiscales y a usarlas en procedimientos administrativos que pueden ser simplificados.¹¹⁷ El contribuyente debe ser especialmente informado sobre los sistemas de determinación tributaria. De esta forma, puede cumplir con sus deberes de declaración y pago de modo sencillo y expeditivo.

Para facilitar la comprensión adecuada de las leyes y regulaciones tributarias menores, se ha establecido que existan pronunciamientos por adelantado de las autoridades tributarias, previo requerimiento del contribuyente.¹¹⁸ Los pronunciamientos previos se fundamentan en el derecho de dirigir peticiones a las autoridades competentes. El art. XXIV de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* establece: “Art. XXIV: Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”. Las constituciones de los países andinos también contienen este derecho.¹¹⁹ El art. 31 de la Constitución venezolana determina que toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a los organismos internacionales, señalando al efecto que “toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convencio-

115. Véase Francis Lefebvre, “Estatuto del Contribuyente”, p. 39. Véase Alonso-Murillo & others, “Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes”, p. 35. El mencionado art. 5: “La administración tributaria deberá prestar al contribuyente la necesaria asistencia e información”.

116. Guy Delorme, “The dialogue between tax administration and the taxpayer up of the filing of tax return”, *International Fiscal Association*, p. 62.

117. Gianni Maroungiu, “Contributo alla realizzazione dello Statuto dei Diritti dei Contribuenti”, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, pp. 711 y ss.

118. Edward Anderson, “Advance Rulings by the Tax Authorities at the Request of the Taxpayer”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, London, International Fiscal Association, vol. I, 1965, pp. 7 y ss.

119. Los arts. 7 (h) de la Constitución boliviana, 23 de la Constitución colombiana, 23 (15) de la Constitución ecuatoriana, 2 (24) de la Constitución peruana y 51 de la Constitución venezolana consagran el derecho de petición.

nes sobre derechos humanos ratificados por la República a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”. Consecuentemente, los contribuyentes tienen derecho a dirigir peticiones a las autoridades tributarias con el objeto de obtener un conocimiento definitivo y un correcto entendimiento de las normas tributarias. De forma similar, las autoridades tributarias están obligadas a responder a las inquietudes de los contribuyentes. Adicionalmente, las autoridades tributarias pueden demostrar cooperación con los contribuyentes, con el objeto de facilitar que la tributación sea efectiva.

Los pronunciamientos previos pueden incluir asuntos de derecho formal tributario o asuntos de derecho material tributario. También pueden comprender cuestiones fácticas. Solo se requiere que la cuestión se refiera a transacciones que no se han perfeccionado. Estos pronunciamientos no pueden ser aplicados a casos dirigidos a objetar la legislación tributaria.¹²⁰ La respuesta de las autoridades tributarias es autovinculante. No existe obligatoriedad con los contribuyentes, lo que implica que mantienen su derecho a presentar sus reclamaciones en sede jurisdiccional. Las respuestas de la Administración solo producen efectos individuales, en relación con aquellos contribuyentes que han presentado las consultas. Terceros contribuyentes no quedan vinculados con estos pronunciamientos anticipados.¹²¹

Anderson concluye que: 1. Los contribuyentes deben ser capaces de obtener pronunciamientos oportunos y de bajo costo; 2. La posibilidad de obtener pronunciamientos anticipados concierne a todos los tributos; 3. Los pronunciamientos anticipados deben ser vinculados para las autoridades tributarias, siempre que los contribuyentes actúen de conformidad con los datos en los cuales se basaron dichos pronunciamientos.¹²² Estas conclusiones son acertadas, pero al mismo tiempo, debe resaltarse el derecho de los contribuyentes a reclamar en sede jurisdiccional cuando la determinación o recaudación tributarias afectan sus derechos.

120. Edward Anderson, “Advance Rulings by the Tax Authorities at the Request of the Taxpayer”, pp. 12-13.

121. José Vicente Troya Jaramillo, “La consulta tributaria en el Ecuador”, *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Madrid.

122. Edward Anderson, “Advance Rulings by the Tax Authorities at the Request of the Taxpayer”, *Cahiers de Droit Fiscal International*, International Fiscal Association, p. 26.

CONCLUSIONES

Se percibe que existe un gran y estrecho vínculo entre la tributación y los derechos humanos. Sin embargo, el problema principal radica precisamente en definir cada una de estas áreas, por los problemas prácticos que se pueden generar.

Esta investigación trata primordialmente de presentar un marco general de esta temática. Por su naturaleza, no pretende agotar el tratamiento de todos los aspectos relacionados. Sin embargo, el esquema seguido permite efectuar investigaciones posteriores y más profundas sobre la materia.

Los procesos de creación y aplicación de los tributos deben ser llevados a cabo de forma cuidadosa, de manera que se evite atentar contra los derechos y libertades humanas. El órgano legislativo y las autoridades administrativas deben aplicar las normas y regulaciones y actuar de manera que se preserven los derechos y libertades humanas. Los individuos gozan de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, pero al mismo tiempo, se encuentran obligados al pago de los tributos que sirven para financiar el gasto público. Los posibles conflictos de aplicación deben ser resueltos, caso por caso. A excepción del principio de no discriminación fiscal, la investigación y la jurisprudencia sobre derechos humanos y tributación, raras veces se han referido a otros temas.

La capacidad para pagar tributos o la capacidad contributiva es el principio que gobierna esta materia. Los derechos humanos se vinculan con la tributación a través de este principio. La autorización parlamentaria como prerequisite para crear tributos, sirve para preservar la capacidad contributiva de los sujetos pasivos. Por esta razón, la materia tributaria debe encontrarse formulada y regulada por la ley. La administración no es competente por sí misma para establecer tributos, ni para regular sus elementos esenciales. La seguridad jurídica garantiza la aplicación del principio de capacidad contributiva. Demanda que los tributos y sus elementos esenciales consten en leyes.

La existencia del principio de capacidad contributiva es una extensión de la aplicación de los derechos humanos. Por ello, el presente ensayo ha analizado cómo los derechos humanos deben ser respetados en la creación, determinación y recaudación tributarias.

Las constituciones andinas contienen regulaciones sobre derechos humanos. Adicionalmente, los convenios internacionales en materia de derechos humanos han sido considerados. Algunas de estas regulaciones y convenios

se refieren de forma general a la materia fiscal, otros se refieren específicamente a ella. Se ha demostrado que el sistema jurídico de los Países Andinos incluye debidamente los derechos humanos relacionados con la tributación. Sin embargo, las leyes y demás regulaciones deben ser establecidas siguiendo el mismo camino. Este ensayo analiza exclusivamente las regulaciones constitucionales. Otras disertaciones posteriores podrían estudiar la normativa secundaria de la subregión relativa a los derechos humanos y la tributación.

La tributación internacional también se encuentra vinculada con los derechos humanos. Regula la aplicación de los tributos, y en ciertos casos, su creación. La doble imposición internacional puede producir la violación de los derechos humanos. Se ha analizado este aspecto pues inclusive puede vulnerar el principio de capacidad contributiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Adonnino, Pietro, "No discrimination rules in international taxation", *Cahiers of International Fiscal Association*, vol. 78b, 1993.
- "Lo scambio de informazione tra amministrazioni finanziarie", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- Aguirre Ramírez, G., "Fundamento Constitucional del Principio de la irretroactividad de las leyes tributarias en Argentina y Uruguay", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Albregtse, D., *Taxpayer protection in European Union*, Kluwer Editores, 1998.
- *Selected Issues in European Tax Law*, Kluwer Editores, 1999.
- Alonso-Murillo & others "Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los contribuyentes", Madrid, McGraw-Hill, 1998
- Anderson, E., "Advanced Rulings by the Tax Authorities at the Request of a Taxpayer", *Cahiers de Droit Fiscal International*, London, International Fiscal Association, vol. I, 1965.
- Arnold & McIntyre, *International Tax Primer*, Kluwer Editores, 1995.
- Ashley, N. D., "The Juridical Guarantees of Taxpayers vis-a-vis the Fisco", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Roma, vol. XXXIII, 1956.
- Asorey, R., "Un Desafío para el Derecho Tributario Latinoamericano del Tercer Milenio", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, 1999.
- Bachmann, B., Prohibitions of Discrimination: EC-Treaty Rules and Direct Taxation in Germany, *EC Tax Review*, 1995/4.

- Barens, R., "National Courts and Community Law: summary of case law on the Court of Justice", en *Taxpayer Protection in the European Union*, Rotterdam, Editores Dirk Albrechtse y Henk Arendonk, Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University, Kluwer Editores, 1998.
- Blumenstein, E., *Sistema di Diritto delle Imposte*, Milán, Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1954.
- Casás, J. "Familia, Constitución, Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Tributos, en Estudios" en *Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Conforti, Benedetto, *Diritto Internazionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 1999.
- Constitución Política de Bolivia.
- Constitución Política de Colombia.
- Constitución Política de Ecuador.
- Constitución Política de Perú.
- Constitución Política de Venezuela.
- Dassesse, M., "Human Rights, European Law and Tax Law: The implications of the Judgements of the Court of Human Rights in re Funke and of the European Court of Justice in re Corbiau", *EC Tax Review*, 1994/3.
- "The Wielockk and Svenssos Judgements: Fiscal Cohesion, with a Different Flavour", *EC Tax Journal*, vol. 1/3, 1995/1996.
- Delorme, G., "The dialogue between tax administration and the taxpayer up of the filing of tax return", *International Fiscal Association*, Kluwer, Cahiers, vol. 65a, 1980.
- Dirk, A., "Direct Actions Before the Court of Justice and the Court of First Instance", en *Tax Protection in European Union*, Rotterdam, Editores Dirk Albrechtse y Henk Van Arendonk, Foundation for European Fiscal Studies, Erasmus University, Kluwer Editores, 1999.
- Eason, A. J., "*Taxation of direct investment, and introduction*", *Kluwer Series on International Taxation # 24*.
- Emmeluth, Ch., *Schumacker and Wielockk Decisions: Changes in Danish Tax Law*, vol. 1/3, 1995/1996.
- Farmer, P., "EC Law and Direct Taxation - Some Thoughts on Recent Issues", *EC Tax Law Journal*, vol. 1, 1995/1996.
- García A., Jaime, "Progresividad e Impuesto Personal", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Geppard, C., "Thresholds for Access to Tax Court", en *Tax Protection in European Union*, Rotterdam, Editores Albrechtse & Van Arendonk, Foundation for European Studies, Erasmus University, Kluwer Editores, 1998.
- King, M., "Tax Systems in the XXIst Century", *IFA*, 1996.

- Knobbe-Keuk, B., "Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions - Ban and Justification", *EC Tax Review*, 1994/3.
- Lang, M. The Binding Effect of the EC Fundamental Freedoms on Tax Treaties, en *Tax Treaties and EC Law*, Gassner-Lang-Lechner Series on International Taxation, No. 16, Kluwer Editores, 1997.
- Lefebvre, F.; "Estatuto del Contribuyente", Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 1999.
- Lubbers and Stevens, "Economic Obstacles in Access to the Court in Tax Matters", in *EC Tax Review*, Kluwer Editores, 1994.
- Lyons, T., "Discrimination against individuals and enterprises on grounds of nationality: direct taxation and the European Court of Justice", *EC Tax Journal*, vol. I/II, 1995/1996.
- Malherbe, J., "Protection of Confidential Information in Tax Matters", *General Rapport*, Cahiers de Droit International, IFA, 1991.
- Marongiu, G., "Contributo alla realizzazione dello Statuto dei Diritti del Contribuente", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- McDaniel, P., "Taxation and Human Rights", Memorias del Seminario llevado a cabo en Bruselas, en 1987, durante el 41 Congreso de la International Fiscal Association.
- McLure Jr, Ch., *Tax Policies for the XXIst Century*, Seminario de la International Fiscal Association, 1996.
- Montaño, César, *El Ecuador y los problemas de la doble imposición internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1999.
- Olavarrieta, P., "Taxation and Human Rights", Seminario llevado a cabo en Bruselas, en 1987, durante el 41 Congreso de la International Fiscal Association.
- Pistone, P., "El nuevo orden comunitario de los impuestos directos", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Quaghebeur, M., *Bridge over Muddled Waters: Coherence in the case law of the Court of Justice of the European Communities relating to discrimination against non-resident taxpayers*, vol. 1, 1995/1996.
- Remiro Brotons, Antonio, "Derecho Internacional", Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, cuarta edición, 1996.
- Rocagliata, F. "Diritto Tributario Comunitario", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.

- Sacchetto, Claudio, "Incidenza del Principio di Non-discriminazione comunitario del settore delle imposte dirette", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Schuch, H. Will, "EC Law Transform Tax Treaties into Most-Favoured-Nation Clauses?" en *Tax Treaties and EC Law*, Gassner-Lang-Lechner, Series on International Taxation, No. 16, Kluwer, 1997.
- Simons, F., "The Theory of General Principles of Justice", en *Selected Issues in European Tax Law*, Albrechtse, D & Kogels K, Kluwer Editores, 1999.
- Tanzi, Vito, "Globalization, Tax Competition by the future of tax system", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, coordinato da Victor Uckmar, Padova, CEDAM, 1999.
- Toifl, G., "EC Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Provisions in Tax Treaties", en *Tax Treaties and EC Law*, Gassner-Lang-Lechner, Series on International Taxation, No. 16, Kluwer Editores, 1997.
- Troya, José Vicente, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990.
- "El Nuevo Derecho Tributario Ecuatoriano", en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- "La Fiscalidad Internacional en la Comunidad Andina", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- "La consulta tributaria en el Ecuador", *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, Madrid.
- Uckmar, A., "Aspetti Fiscali nelle Regole della Organizzazione Mondiale del Comercio, (PMC/WTO)", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- Uckmar, V., "Principio Comunitario di Diritto Costituzionale Tributario", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- "Introduzione", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- Wouters, J., "The Application on General Principles of Law by the European Court of Justice and their Relevance for the EC and National Tax Law", en *Selected Issues in European Tax Law*, Editores Albrechtse, D & Kogels, Kluwer, 1999.
- Van Hoorn Jr, J., "Methods and instruments to study", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, CEDAM, 1999.
- Van Raad, K., "The Impact of the EC Treaty's Fundamental Freedoms Provisions on EU Member States Taxation in border-crossing situations: current state of affairs", *EC Tax Review*, 1995/4.

Los derechos de las mujeres en la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

*Lola Valladares Tayupanta**

Este artículo analiza los avances de la Constitución Política del Ecuador en materia de derechos de las mujeres y el enfoque de género, así como los retos que este nuevo marco legal propone, tanto al Estado ecuatoriano como al movimiento social de las mujeres y a la sociedad en general, de manera que se pueda pasar del solo reconocimiento del Derecho en la letra de la ley, al ejercicio y goce pleno de los mismos. La reflexión sigue la propuesta del feminismo en la crítica al Derecho. Se profundiza el análisis de los derechos constitucionales civiles y políticos, económicos y sociales, pero sobre todo, se reconoce la importancia del reconocimiento de muchos de los derechos sexuales y reproductivos que ya han sido incorporados como parte del Derecho internacional de los Derechos Humanos de las mujeres, entendiendo que este logro no es una concesión generosa del Estado sino más bien es el resultado de todo un proceso de movilización y generación de propuestas legales, trabajadas desde el movimiento de mujeres del Ecuador, que tuvo como corolario la aprobación de 34 de las 36 propuestas presentadas a la última Asamblea Nacional.

FORO

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Este trabajo analiza las implicaciones del reconocimiento de los derechos de las mujeres y el enfoque de género en la Constitución Política del Ecuador vigente (1998), los logros obtenidos y los desafíos que este nuevo marco legal propone, tanto al Estado ecuatoriano, como al movimiento social de las mujeres y a la sociedad en general. La reflexión se inserta

* Asesora legal de la Corporación Promoción de la Mujer. Consultora en género.

en el debate feminista sobre ciudadanía y profundiza en el tratamiento de una de las diferencias fundamentales que obstaculizan el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres: la brecha entre derechos formalmente reconocidos y la posibilidad o no de su ejercicio real, es decir la lucha entre la igualdad formal (legal) y la igualdad real (de oportunidades y trato).¹

Para efectos de la reflexión, sigo la propuesta del feminismo en la crítica al Derecho hecha por Alicia Ruiz (septiembre, 2002), Alda Facio y Lorena Fries (septiembre, 1999), entre otras, así como en las propuestas de Carol Smart (1998) quien retoma la propuesta de De Lauretis y plantea la necesidad de investigar la forma en que funciona el género dentro del Derecho y cómo actúa el Derecho en la creación del género; textualmente dice: “el Derecho es un discurso que crea sujetos con género y también un discurso que crea subjetividades, es decir, identidades a las cuales el individuo viene atado”.²

Según Olga Grau, todo discurso referido al género carece de neutralidad y es portador de una concepción y una voluntad determinada respecto de las relaciones e identidades de género, de las posiciones genéricas en relación al poder y de las definiciones de determinadas estrategias para la administración de la sexualidad y la convivencia social privada.³

La perspectiva de género⁴ en el análisis del Derecho permite entender

-
1. La discusión sobre la brecha entre igualdad formal y real ha sido uno de los temas más tratados en la discusión sobre género y derecho. Para una revisión de esta literatura, véase, Haydée Birgin, Beatriz Cohen, Patricia Costa, Sofia Harari, comps., *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Colección Identidad, Mujer y Derecho, CEADEL, Editorial Biblos, 2000; Olga Grau, et al., *Discurso, género y poder*, Santiago, La Morada Arcis-Lom, 1997; Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, “Vigiladas y castigadas”, memorias del seminario regional “Normatividad penal y mujer en América Latina y el Caribe”, edit. Roxana Vásquez, Lima, 1993; Alda Facio, *Cuando el género suena, cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD, 1992; Lorena Fries y Alda Facio (eds.), *Género y Derecho*, Santiago, LOM ediciones, 1999; Lorena Fries y Verónica Matus, *El Derecho: trama y conjura patriarcal*, Santiago, LOM Ediciones, 1999; Janet Saltzman, *Equidad y género*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1992; Margaret Schuller (comp.), *Poder y Derecho*, Washington, OEF International, 1987.
 2. Citada en Catherine Jagoe y otras, *La mujer en los discursos de género*, Barcelona, Icaria, 1998, p. 21.
 3. Olga Grau, et al., *Discurso, género y poder*.
 4. El “Género” es una construcción social o cultural que sobre la diferencia sexual (hombre-mujer) adscribe modos de ser, roles y espacios diferenciados a cada uno; se refiere a la cualidad fundamentalmente social de las distinciones basadas en el sexo, en virtud de las cuales se ha constituido un sistema social basado en dicotomías. El análisis de género tiene que abordar el análisis de las relaciones de poder entre hombres y mujeres. No se puede entender la realidad de la subordinación de la mujer, ni se puede decir que se ha hecho un análisis de género, si no lleva implícito el análisis del poder.

cómo opera la simbolización de la diferencia sexual en las instituciones, las prácticas sociales, los discursos, las normas legales y las representaciones culturales y ha ampliado la comprensión de cómo se articula la subordinación de las mujeres. Además, facilita la comprensión de las relaciones de los sexos como construcciones sociales, no naturales, con un desarrollo propio, cambiante según el momento histórico y el contexto social. De allí se deriva la valoración cultural de los roles de género, el respeto de los derechos de las mujeres y aun la capacidad del movimiento de mujeres para interrogar las relaciones entre poder político, institucionalidad y género.

Para efectos de esta reflexión, se está entendiendo al Derecho como un constructo social productor de identidades y subjetividades, lo que exige ver más allá de los estrechos límites de lo normativo, para concebirlo como una práctica discursiva social y específica que expresa niveles de acuerdo y conflictos propios de la formación histórico-social en la que se desarrolla.⁵

CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO

Me inscribo en la crítica feminista⁶ al Derecho que ha cuestionado la identificación del Derecho con un concepto de justicia bajo la premisa de la igualdad formal; el Derecho no es solamente una técnica o un sistema de normas neutral, se nutre de las prácticas sociales e incide en el comportamiento de los individuos, es decir que tiene una eficacia productiva de subjetividades y materialidades, en donde el poder tiene un rol fundamental.

Frances Olsen⁷ ubica tres críticas fundamentales al Derecho desde el feminismo:

-
5. Alicia Ruiz, "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres", en Haydée Birgin, Beatriz Cohen, Haydée Birgin, Patricia Costa, Sofía Harari, comps., *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, pp. 21-22.
 6. El feminismo es una corriente de pensamiento que si bien tiene una enorme diversidad de corrientes, hay un eje básico que comparte: el cuestionamiento a las relaciones inequitativas de poder entre mujeres y hombres; según Carmen Casalls, autora española: "entendemos por feminismo lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad, en la cual no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo-género.
 7. Frances E. Olsen, "Feminism and critical legal theory", en *Feminist legal theory*, vol. I, Dartmouth, New York University Press, 1995, pp. 473-489.

LA TENDENCIA DEL REFORMISMO LEGAL

Esta tendencia cuestiona la premisa que considera al Derecho como racional, objetivo y universal, si bien reconoce que ésta es una aspiración, establece y cuestiona que en la práctica no funciona así, pues las normas legales que discriminan a las mujeres o no les reconocen sus derechos son irracionales, subjetivas y no universales; las feministas que defienden esta posición luchan porque el Derecho realmente sea racional, objetivo y universal, al recoger sus demandas.

De acuerdo a Olsen en esta categoría podrían inscribirse los teóricos liberales clásicos del Derecho como Montesquieu, Rousseau, Hegel y Kelsen, que comparten como elementos fundacionales una metanarración referida al orden, la verdad, el saber único, el bien común, la igualdad, la libertad, terminando por sacralizar lo racional y definir al Derecho como la representación del “orden” que no cuestiona al poder y su ejercicio, sino que solo lo reglamenta.⁸

EL DERECHO COMO ORDEN PATRIARCAL

Las feministas que se ubican en esta posición aceptan que el deber ser del Derecho es la racionalidad, la objetividad y la universalidad; pero objetan la jerarquización de lo objetivo sobre lo subjetivo, lo racional sobre lo irracional, pues ello ha determinado también una jerarquización de los hombres frente a las mujeres, por tanto identifican al Derecho como parte de la estructura de dominación patriarcal.

8. Hegel colocó al Derecho en el punto más elevado de abstracción dentro del cual están las normas jurídicas como expresiones de modelos de conducta y la forma de construcción de la noción del sujeto de Derecho. Esta reflexión se convertirá en uno de los elementos fundamentales del Derecho moderno: el presupuesto de la igualdad ante la ley, que termina por ideologizar la desigualdad bajo la ficción del Derecho enmarcado en el principio de universalidad. Véase al respecto, George Sabine, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1994, cap. XXX; José Gajate, “Hegel y la dialéctica”, en *Historia de la Filosofía*, Bogotá, Editorial El Búho, 1995. Hans Kelsen afirma que el Derecho es autónomo e imparcial frente a la realidad social, constituyéndose en un sistema de reglas con una función ordenadora formal, que no hace juicios de valor, él trata de convertir al Derecho en una “ciencia del espíritu”, una ciencia exacta y lo más objetiva posible, libre de toda ideología política o elemento científico, factores emotivos o intereses diversos; es decir que lo ve como un instrumento neutral que norma las relaciones sociales. A partir de entonces se reivindicará como uno de los principios básicos del Derecho, su neutralidad frente a los seres, sobre cuyos comportamientos rige. Este es justamente uno de los principios que ha sido cuestionado por el feminismo. Véase, José Antonio Dagal Alonso, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, México, Escuela de Filosofía, Universidad La Salle, Logos, 1998.

Esta posición no ve en las reformas legales una opción para superar la discriminación y el ejercicio del poder patriarcal, por tanto proponen la eliminación del patriarcado a través de la transformación del paradigma del poder masculino en el Derecho.

TEORÍA JURÍDICA CRÍTICA FEMINISTA

Esta teoría rechaza también la jerarquización de lo subjetivo sobre lo objetivo, lo racional sobre lo irracional; niega al Derecho las calidades de racional, objetivo, abstracto, problematiza cada una de estas categorías y aunque reconoce la importancia de los logros en los derechos de las mujeres a través de las reformas legales, está consciente de las limitaciones del solo cambio en la letra de la ley.

Las posiciones revisadas no son excluyentes, las diferentes estrategias de intervención en el Derecho y los cuestionamientos que se le hacen pueden confluir. Precisamente en esa línea se inscriben los análisis ulteriores, pues se reconoce la importancia de la reforma o creación de nuevas normas legales que amparen y garanticen los derechos de las mujeres, lo que no implica soslayar las limitaciones del solo cambio en el contenido de la norma.

Considero que no es suficiente que se produzca el cambio de las normas legales, pues el discurso normativo no opera solamente en el Derecho, sino que está definiendo los imaginarios colectivos; al ser un discurso social es parte del proceso de construcción de la realidad, interviene cuando reconoce o niega facultades, pero también cuando define categorías. Así el ser mujer, hombre, niña, niño, adolescente, capaz o incapaz, delincuente o víctima son circunstancias determinadas por el Derecho y según esa calidad se es o no sujeto de Derecho. En este sentido, el Derecho es uno de los sistemas normativos que actúa como “dispositivo de poder” definidor de subjetividades, que se articula a otros como la familia o la religión.

Esta afirmación se confirma con lo señalado por Alda Facio (1999) y Margaret Schuler (1987), para quienes el Derecho no solo se expresa a través de las leyes escritas, sino que el fenómeno legal está constituido por tres componentes que son: i) el *formal-sustantivo* (conformado por todas las leyes y normas formalmente promulgadas, como la Constitución, los instrumentos internacionales y los decretos); ii) *el estructural* (contenido que le dan a las normas legales que forman parte del componente formal-sustantivo, los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía y los funcionarios que administran justicia, cuando interpretan, aplican, es-

cogen o combinan esas normas; puede decirse que son normas no escritas, pero que influyen en el ánimo y las decisiones de los administradores de justicia); y, iii) el *componente cultural* (las significaciones y contenidos que va adquiriendo la ley y que le son conferidos por la doctrina, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, pero también por el uso que la gente haga de las leyes existentes, muchas de las cuales a pesar de haber sido ya derogadas siguen vigentes en el uso cotidiano, o aquellas relaciones que aunque no constan en normas formalmente promulgadas son respetadas y observadas mayoritariamente).

Es necesario entonces que un proceso de reforma legal o de creación de nuevas leyes vaya acompañado de una estrategia que incida en todos los componentes del fenómeno legal, en caso contrario caemos en la peligrosa brecha que existe entre el Derecho formalmente reconocido y legislado, y la posibilidad o no de ejercerlo y reclamarlo. Así por ejemplo, aunque la Constitución reconoce el derecho a no ser discriminado en razón del género, todavía el acceso de las mujeres al mercado laboral está restringido y la posibilidad de la reproducción se convierte en un factor de discriminación.

EL DISCURSO JURÍDICO

Alicia Ruiz señala que en la producción del discurso jurídico se presentan “reglas de atribución de la palabra que individualizan a quienes están en condiciones de decir el Derecho”; por lo tanto, el Derecho tiene mayores significaciones que la sola letra de la ley, refleja los valores, los mitos, los rituales, los imaginarios, las creencias, de la sociedad para la que rige y que terminan por convertirse en los supuestos que garantizan o no su eficacia; esto significa que el Derecho tiene una doble función, por una parte es creado, pero por otra, también tiene un poder creador.⁹

De allí que el Derecho constituye a los sujetos, los ubica frente a otros actores, les marca ciertos comportamientos, atributos, roles, lugares; interdicta, legítima, excluye, prohíbe conductas, permite otras; es creador de género, en tanto define diferencias de género que constituyen lo masculino y lo femenino, con características opuestas y contradictorias, legítima o no relaciones; controla, restringe o justifica el ejercicio de la sexualidad. Según la misma autora, “el Derecho tiene una participación directa en la configuración del estereotipo ‘mujer’, y es a partir de ese estereotipo como las re-

9. Alicia Ruiz, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, pp. 21-22.

glas jurídicas reconocen o niegan derechos a las mujeres de carne y hueso".¹⁰ De todos modos, esto no significa que por el Derecho queden constituidos los sujetos de una determinada manera en forma definitiva e irreversible, pues estos/as se ubican también en diferentes momentos y lugares desde donde son interpelados/as por el Derecho en forma individual; es decir que las identidades que el Derecho coadyuva a definir están también influenciadas por el contexto social, político y cultural, un juego en donde el poder no está ausente.

En este punto cabe señalar las críticas que establece Michel Foucault al Derecho, pues han alimentado considerablemente muchas de las perspectivas feministas anteriores. Ley, cuerpo y sujeto son tres conceptos que este autor une por primera vez al señalar que las prácticas judiciales, es decir la manera como las personas arbitran los daños y las responsabilidades, definen formas de saber, tipos de subjetividades y relaciones entre el sujeto y la verdad. Al elaborar su "arqueología del conocimiento y del discurso", Foucault encuentra que un cierto saber sobre la persona, si está dentro o fuera de la regla, si es normal o anormal, hace de las prácticas sociales, formas de control y de vigilancia; por eso replantea la manera clásica del estudio del orden jurídico y gracias a él, la investigación del proceso de constitución del sujeto incorpora la evolución de las formas jurídicas en el campo del Derecho Penal. Esto provoca una ruptura epistemológica en el Derecho, cuando incluye el elemento del poder en un análisis histórico de las relaciones sociales y la construcción social del Derecho.¹¹ El Derecho entonces es el resultado de un proceso de construcción social, cruzado por relaciones de poder, capaz de generar ciertas prácticas sociales, subjetividades y aun materialidades. A partir de allí, se produce la construcción de un saber como resultado de una experiencia de poder, ello en oposición a la preeminencia de una verdad única y absoluta o la razón natural pura.

Reconocer derechos específicos de las mujeres en la Constitución Política trae consigo una nueva forma de organización discursiva que reorganiza las relaciones de poder en toda la sociedad y constituye el inicio de un proceso de transformación institucional a dos niveles: en lo ideológico-simbólico, y en lo político. Subrayo que es el inicio, no el final del proceso, ya que las normas constitucionales no son solo declaraciones de voluntad, sino

10. *Ibid.*, pp. 21-22.

11. Michael Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Ediciones Gedisa, 1983, p. 68.

que su inobservancia constituye una violación de derechos con consecuencias jurídicas específicas.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR DE 1998

Una Constitución es un producto histórico específico; refleja la cultura, pero también una coyuntura política concreta y por supuesto, la visión subjetiva de quienes trabajaron en su elaboración, impone un marco a partir del cual se definen formas de vida, roles, patrones de conducta y sanciones para quienes se apartan de los comportamientos determinados. Una vez promulgada, la Constitución se convierte en un instrumento de exigibilidad y ejercicio que compromete al Estado para el cumplimiento efectivo de los deberes y garantías que en ella se consagran, pues no es solamente un conjunto de normas declarativas, sino que es un cuerpo legal de aplicación directa, inmediata y obligatoria.

En un Estado de Derecho, la Constitución Política es reconocida como la ley suprema que define la concepción que tiene el Estado sobre sus ciudadanos, su forma de organización, los derechos a los que se obliga garantizar y respetar, la organización social, económica y política, las concepciones éticas y filosóficas de una sociedad; consecuentemente, la incorporación de un enfoque de equidad de género es de especial importancia para todos los sectores que a través de esta nueva visión son incorporados a la titularidad de los derechos ciudadanos.

Nuestra Constitución de 1998 es un avance fundamental en el reconocimiento y ampliación de los derechos y garantías en general y de las mujeres en particular; sin embargo, es necesario señalar que esos avances en la letra de la ley no son suficientes si no van acompañados de una voluntad política de ponerlos en vigencia y de un movimiento social lo suficientemente fuerte y organizado, como para exigir que el Estado los respete y garantice. En la Carta Política se ha incorporado el reconocimiento de nuevos actores sociales que tradicionalmente habían sido excluidos como ciudadanos, entre ellos: los niños y niñas, los/las adolescentes, las mujeres, los pueblos indígenas y afroecuatorianos/as, los grupos GLBT,¹² discriminados sistemá-

12. Gays, lesbianas, bisexuales y transgéneros.

ticamente por su calidad de “diferentes” del modelo tradicional de ciudadano, ya sea por su sexo biológico, su edad, su origen, su orientación sexual, etc.; todo ello representa un salto cualitativo en la concepción de la ciudadanía y un gran avance en el proceso de eliminación de la discriminación.

Cabe subrayar la transversalización del enfoque de género, antes que la existencia de una sola sección que desarrolle el tema, lo cual amplía las posibilidades de exigibilidad de los derechos de las mujeres en todos los ámbitos y no las relega, sino que se integra la visión de buena parte de la población ecuatoriana a lo largo de todo el marco constitucional. De esta manera, el Estado asume obligaciones específicas frente a sus ciudadanos y ciudadanas, que le obliga a la adopción de medidas, al otorgamiento de prestaciones y garantías efectivas que deben estar disponibles para toda la población, además de adecuar sus normas internas al contenido de los instrumentos internacionales y establecer políticas que permitan el ejercicio efectivo de los derechos, así como la posibilidad de acceder a los organismos internacionales para denunciar la violación de los derechos o el incumplimiento de sus obligaciones.

De todos modos, debe señalarse que el reconocimiento de los derechos de las mujeres estuvo inserto en un proceso de negociación y discusión, en el cual los/las assembleístas se pronunciaron evidenciando los modelos y estereotipos exigidos a las mujeres, pues es necesario insistir que las normas legales representan los valores, ideales, imaginarios y “verdades” de las sociedades que rigen.

El desafío ahora está en incidir no solo en las normas legales, sino además en los patrones culturales que contribuyen a mantener la discriminación de las mujeres; la sola consagración de la igualdad en las leyes no ha resuelto el problema, se debe acompañar medidas que tengan por objeto la no discriminación ligada al género.

SIGNIFICACIÓN DE LOS AVANCES CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE GÉNERO Y DERECHOS DE LAS MUJERES¹³

CIUDADANÍA

Las normas constitucionales aprobadas por la Asamblea Nacional de 1998, que reconocen derechos específicos de las mujeres, dan cuenta de un avance fundamental en la concepción de los sujetos de derechos, y por supuesto, marca una ruptura con la concepción ilustrada de ciudadanía, que conlleva una práctica legitimada de exclusión de ciertos sujetos que no están dentro del grupo de poder o del estereotipo del sujeto de derechos: el hombre blanco, occidental, heterosexual, adulto y propietario, sobre la base de la importancia de la legalidad, la extensión de derechos, la racionalidad y universalidad.¹⁴

Los derechos de quienes no están dentro del estereotipo del ciudadano, son vistos como “concesiones generosas” y discrecionalmente ejecutables u observables por quienes detentan el poder, tanto en el espacio público como en el privado. Consecuentemente, los derechos de los diferentes no se marcan en la noción de equidad de los sujetos entre sí y el Estado.

En este contexto, el Estado termina siendo un legitimador de esas inequidades sobre la base de la igualdad formal de derechos y obligaciones, que para el caso de las mujeres se ha convertido en un impedimento para el ejercicio de sus derechos, al no existir condiciones reales para el acceso, ejercicio, goce y exigibilidad de los mismos. Se reivindica entonces el principio de la no discriminación que implica “*tratar igual a lo igual y diferente a lo diferente*”. La diferencia de tratamiento debe ser objetiva, legítima, razonable y tener como objetivo la garantía efectiva de los derechos humanos.¹⁵

Los procesos de ciudadanía de las mujeres pasan por un cuestiona-

13. Véase, en la Constitución Política del Ecuador de 1998 los siguientes arts.: 3, 17, 18, 23, 24, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 47, 67, 81, 102, 254.

14. Carol Pateman, *El contrato sexual*, México, Anthropos & UAM, 1998, al reflexionar sobre la ciudadanía considera que su construcción se da a partir de los atributos, capacidades y actividades de los hombres, por lo que solo podría extenderse a las mujeres, “como hombres disminuidos”, pues la idea de lo que es un ciudadano y el terreno en el que actúa, están contruidos a partir de la imagen masculina.

15. Cecilia Medina, ponencia presentada en el segundo curso sobre “Los Derechos Humanos de las Mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional”, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

miento formal a la biología como destino, lo que ha significado interrogar la identificación exclusiva de las mujeres con su rol materno, la reivindicación del derecho a una sexualidad placentera, al control de su cuerpo, a decidir libremente sobre su maternidad, y a participar equitativamente en los espacios públicos de la toma de decisiones, la exigencia de que el trabajo doméstico y los servicios que hacen las mujeres en el hogar sean reconocidos, compartidos y valorados económicamente; la adopción de acciones afirmativas y el reconocimiento de las diferencias, como medios para alcanzar la igualdad real en la participación política, la educación y en general en todas las áreas.

Uno de los ejes fundamentales que sustentan estas reivindicaciones es el reconocimiento y crítica de las relaciones de poder existentes entre mujeres y hombres. Esto ha permitido entre otras cosas, una valoración distinta del rol de las mujeres en el ámbito doméstico, superando la dicotomía tradicional entre lo público (la economía, la política y cultura) y lo privado (la familia), hacia la redefinición de la familia como unidad de producción de bienes y servicios, mas no solamente como ámbito reproductivo doméstico.

Aquellas demandas de ciudadanía que se producen especialmente a mediados del siglo pasado estuvieron lideradas por grupos distintos de los sujetos políticos clásicos y tradicionales, entre ellos las mujeres. Anne Phillips considera que la preocupación principal de las primeras feministas, era la modificación de la vida cotidiana, visibilizando las relaciones de poder en el espacio privado y la lucha por su democratización.¹⁶ En nuestra región, desde la década pasada, el movimiento se orienta más hacia lo macro, apostando por la presencia de las mujeres en lo político y en los espacios de decisión, cuestionando abiertamente los universalismos del pensamiento político ilustrado.

La ciudadanía se ha considerado como uno de los ejes de acción y reflexión del feminismo en sus variadas vertientes. A pesar de las diferencias, se puede decir que todas ellas parten de la necesidad de combatir las desigualdades e inequidades, en las que el sexo biológico define significativamente las oportunidades y la experiencia de vida de hombres y mujeres.

Este nuevo contexto indica, como dice Alejandra Ciriza, que: “la formación de un sujeto político (yo le añadiría de un sujeto de Derecho) es compleja, multideterminada, inmersa en un proceso, conformada por una mez-

16. Anne Phillips, *Género y teoría democrática*, México, Instituto de Investigaciones Sociales y Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM, 1996, pp. 28-31.

cla inestable de tradiciones locales, identidades sexuales, prácticas muchas veces fragmentarias y heteróclitas”.¹⁷

Algunas de las propuestas del feminismo han sido incorporadas a la agenda pública, y por supuesto, a la Constitución Política del Ecuador, pero no es suficiente para que la realidad cambie. Tanto las estadísticas, como la organización cultural de la vida cotidiana demuestran que la discriminación contra las mujeres aún permanece, pues está históricamente asentada en los usos sociales y los imaginarios colectivos, es decir, que no es solo un problema de contenido de las leyes, sino también de cómo se las aplican.

Se evidencian cambios en la Constitución que empiezan desde los Considerandos, cuando afirma: “El pueblo del Ecuador inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria”. Esta es la primera vez que un instrumento legal de la importancia de la Constitución, reconoce expresamente que las mujeres también han aportado históricamente con su trabajo al desarrollo del país; es decir que ya no son más invisibilizadas, detrás del argumento cuestionado de que cuando se nombra al “hombre” está incluido todo el género humano. Como parte del mismo proceso, el art. 3 de la Carta Política establece entre los deberes del Estado, el de asegurar la vigencia de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de mujeres y hombres. Particularizar de esta manera a los sujetos de Derecho muestra la incorporación de las demandas de las mujeres en la ley suprema.

DERECHOS POLÍTICOS Y ACCIONES AFIRMATIVAS

El 18 de febrero de 2000, se publicó en el Registro Oficial la *Ley Reformatoria a las Leyes de Elecciones, Régimen Provincial y Descentralización*, que establece la obligación de los partidos políticos de organizar sus listas de elecciones pluripersonales con un mínimo del treinta por ciento de mujeres, tanto en las listas de principales, como de suplentes, en forma alternada y secuencial (un hombre, una mujer, un hombre, una mujer) de manera que hombres y mujeres tengan iguales oportunidades para ser electos/as, a través de la aplicación de los principios de alternabilidad y secuencialidad, que es el objetivo básico de estas medidas de acción afirmativa, que son las

17. Alejandra Ciriza, “Democracia y ciudadanía de mujeres”, en *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*, Madrid, 1998.

llamadas “leyes de cuotas”.¹⁸ Esta reforma fue posible gracias a que la actual Constitución establece en el art. 102, que trata de la igualdad de género, la obligación del Estado de promover y garantizar la participación equitativa de hombres y mujeres como candidatos en los procesos electorales, en instancias públicas de dirección, en la administración de justicia, los organismos de control y los partidos políticos.

Las medidas de acción afirmativa constituyen el núcleo primario y de mayor influencia del derecho antidiscriminatorio, tienen un carácter temporal, se orientan a lograr la superación de los desequilibrios entre mujeres y hombres, y su necesidad se justifica por la existencia de elementos de carácter permanente (sexo, raza, religión, etc.) que conllevan una situación de desventaja social o discriminación para determinados grupos humanos. En el caso ecuatoriano, el sistema de cuotas en el sistema electoral concluirá una vez que se haya alcanzado la igualdad real en la participación política.

Se entiende por discriminación el concepto que trae la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* en el art. 1:

La expresión “Discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los DD HH y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.

La necesidad de medidas de acción afirmativa parte de reconocer que la

18. Las normas legales que establecen en el Ecuador las cuotas de participación política de las mujeres, previstas en la Ley de Elecciones son:

“Art. 58. Las listas de candidaturas en elecciones pluripersonales deben conformarse con al menos el 30% de mujeres como principales y 30% como suplentes, en forma alternada y secuencial; este porcentaje se incrementará en un 5% en cada proceso electoral general hasta llegar a la igualdad en la representación.

“Art. 59. En elecciones pluripersonales donde deban elegirse 3 representantes se inscribirá, al menos, 1 mujer como principal y 1 como suplente; en donde se elijan de 4 a 6 representantes, por lo menos 2 mujeres principales y 2 suplentes; en donde deban elegirse de 7 a 9 dignidades, al menos, 3 mujeres como principales y 3 como suplentes; en elecciones de 10 a 12 representantes, 4 mujeres como mínimo, principales y 4 suplentes, y así sucesivamente.

“Art. 61. El Tribunal Supremo Electoral y los Tribunales Provinciales electorales negarán de oficio o a petición de parte la inscripción de listas de candidaturas pluripersonales que no incluyan un mínimo del 30% de mujeres como candidatas principales y 30% como suplentes, en forma alternada y secuencial, en listas presentadas por organizaciones políticas y candidatos independientes”.

aplicación estricta de la igualdad en las leyes, resulta paradójicamente contraproducente: tratar igual a los que están en un plano de desigualdad real ayuda a perpetuarla. La igualdad real se fundamenta en el principio de “tratar igual a lo que es igual y desigual a lo que es desigual”, lo que amerita también la adopción de medidas que permitan la eliminación de la discriminación. Esto implica, por una parte, la eliminación de todos aquellos obstáculos que puedan impedir o dificultar a las mujeres u otros grupos discriminados el acceso equitativo a determinadas situaciones o espacios, y por otra, darles oportunidades para que puedan situarse en un plano de igualdad real respecto a los hombres para reducir así la ventaja histórica y cultural que estos disfrutan.

Entre las medidas de acción afirmativa están las cuotas de participación electoral, la concesión de subvenciones al empresario/a por contratar mujeres, la ampliación de servicios que descargan el trabajo doméstico, entre otras (Ciriza, 1998).

Podemos afirmar que la acción afirmativa es hasta ahora, el más valioso instrumento elaborado y aceptado a nivel internacional para salvar los obstáculos que se interponen en el logro de la igualdad, y se encuentra recogido en la Constitución Política del Ecuador y en la Ley de Elecciones.

El fundamento legal de la acción afirmativa en el Ecuador, que legitima su aplicación, está en el art. 4 de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, ratificada el 9 de noviembre de 1981, que textualmente dice:

La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente convención, pero en ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se haya alcanzado los objetivos de igualdad, oportunidad y trato.

Como se ve, este es otro de los avances legislativos importantes que ha tenido el Ecuador, pues tradicionalmente el espacio público ha sido el espacio legítimo y de propiedad de los hombres, dentro del cual la presencia de las mujeres es todavía minoritaria, excepcional y motivo de profundas luchas por el mantenimiento del poder, situación que se espera superar mediante la aplicación progresiva de la ley, pues establece que la cuota empieza en el treinta por ciento de mujeres, pero debe ir avanzando en cada proceso electoral general hasta llegar al cincuenta por ciento.

En el cuadro siguiente puede observarse con claridad la evolución de la participación de las mujeres, desde que el Ecuador retornó al sistema democrático:

MUJERES Y HOMBRES EN EL H. CONGRESO NACIONAL

Año	Total	Número de mujeres	Número de hombres	Porcentaje de mujeres	Porcentaje de hombres
1979	69	0	69	0	100
1984	71	3	68	4,23	95,77
1986	71	1	70	1,41	98,59
1988	71	3	68	4,23	95,77
1990	77	4	73	5,19	94,81
1992	77	4	73	5,19	94,81
1994	81	4	77	4,94	95,06
1996	81	3	78	3,70	96,30
1998	121	16	105	13,22	86,78
2000	123	22	101	17,89	82,11

Fuente: *Fundación Equidad, Justicia y Desarrollo.*

Conviene señalar que en el año 2000 aumentó el número de legisladoras por la principalización de diputadas alternas, no como resultado de un proceso electoral.

Los resultados electorales luego de la aplicación de la Ley de Cuotas fueron los siguientes:

MUJERES Y HOMBRES ELECTAS/OS EN EL AÑO 2000

Dignidades	Mujeres		Hombres	
	Número	%	Número	%
Prefectos/as	6	5,9	96	94,1
Consejeros/as	260	43	345	57
Alcaldes/as	78	7,5	656	92,5
Concejales/as	2 313	46	2 713	54
Miembros/as Juntas Parroquiales	4 921	37,7	8 129	62,3
Total	7 578	38,2	12 239	61,8

Fuente: *TSE.*

Elaboración: *CONAMU, 2000.*

De todas maneras, es importante señalar que la aplicación de la Ley de Cuotas en el Ecuador ha sido un proceso conflictivo, pues los partidos políticos tradicionales, en complicidad con el Tribunal Supremo Electoral, permanentemente han buscado maneras de burlarla, ya sea a través de la adopción de reglamentos contrarios a la ley o de reformas para dejar sin efecto algunas de sus disposiciones, lo que hizo necesario que en julio de 2002, el movimiento de mujeres demandara la inconstitucionalidad del art. 40 del *Reglamento de la Ley de Elecciones*, fundamentado en los siguientes argumentos: el Tribunal Supremo Electoral, a través del art. 40 del *Reglamento de la Ley de Elecciones* interpretó la Ley de Elecciones sin tener atribuciones para hacerlo y además interpretó equivocadamente los principios de secuencia y alternabilidad, permitiendo que las mujeres fueran colocadas en lugares que no las hacen elegibles, consecuentemente, se trata de una norma discriminatoria y por tanto inconstitucional.

El martes 12 de noviembre de 2002, luego de concluido el proceso electoral, el Tribunal Constitucional se pronunció reconociendo la inconstitucionalidad del art. 40 del citado Reglamento, la constitucionalidad de las medidas de acción afirmativa, así como la obligación del Estado, a través de todas sus instituciones y órganos, incluido el H. Congreso Nacional, de tomar estas medidas como mecanismos idóneos y jurídicos para eliminar la discriminación contra las mujeres.

Aunque el fallo no tiene efecto retroactivo, demuestra que el Tribunal Supremo Electoral no actuó conforme a la Constitución y la ley, y que su acción tuvo como resultado un hecho discriminatorio hacia las mujeres.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Las primeras Comisarías de la Mujer y la Familia se crearon en el Ecuador en el año 1994.¹⁹ El 29 de noviembre de 1995 se puso en vigencia la Ley 103 o *Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia*.²⁰ Pero es solo hasta

19. En el país existen actualmente 25 Comisarías de la Mujer y la Familia, número que resulta insuficiente para atender la demanda de todos los cantones donde no existen. Éstas además tienen limitaciones en cuanto al espacio físico y equipos para lograr su mejor funcionamiento; por otro lado, en los plazos de los trámites existe demora, especialmente en las comisarías de mayor afluencia, a pesar de que estos plazos son mucho más cortos que los del sistema judicial y por constituir casos de riesgo, deben ser atendidas con urgencia.

20. La *Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia* fue aprobada el 29 de noviembre de 1995 y publicada en el R.O. No. 839, de 11 de diciembre del mismo año.

1998 se incorpora expresamente en la Constitución Política una disposición que reconoce el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y asigna responsabilidades específicas al Estado en materia de prevención, protección de víctimas y sanción de los agresores. Estas disposiciones textualmente dicen:

Art. 23.2. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de la tercera edad.

Art. 47. En el ámbito público y privado, recibirán atención prioritaria, preferente y especializada, los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas, de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos.

La incorporación de estas normas muestra que luego de muchos años de lucha del movimiento de mujeres en el país, finalmente se ha logrado reconocer taxativamente en nuestra legislación que la violencia contra las mujeres es una violación de los Derechos Humanos, en concordancia con lo que establecen instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, como la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer* o “Convención de Belém do Pará”,²¹ y la *Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*.²²

Este ha sido uno de los temas sobre los cuales más se ha avanzado en materia de legislación y creación de institucionalidad en el Ecuador, como consecuencia de un proceso amplio de movilización, cuestionamiento y construcción de propuestas levantado por el movimiento de mujeres. El proceso que precedió a la promulgación de la Ley 103 y que luego se reeditó en la Asamblea Nacional de 1998, logró aglutinar, al movimiento de mujeres de diversas tendencias y propuestas, la construcción de un proyecto de consenso que respondiera a las necesidades de las mujeres; rompió el esque-

21. Ratificada por el Estado ecuatoriano el 15 de septiembre de 1995, y vigente desde el 30 de junio de 1995.

22. Ratificada por Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

ma de entender la ley como un sistema de normas y reglas rígido, al incorporar principios del derecho alternativo y presentar a las mujeres como sujetos reales de derechos. Además denunció públicamente el problema de la violencia como una violación de derechos fundamentales, y dejó claro que las mujeres podemos elaborar propuestas para defender los derechos y resolver los problemas, aun en las áreas consideradas muy difíciles por ser “tradicionalmente masculinas”.²³

La violencia contra las mujeres constituye una de las expresiones más brutales de los sistemas sociales constituidos sobre la base de las dicotomías sexuales, razón por la cual, el “Género”, como categoría conceptual, nos permite analizar este problema desde las relaciones de poder inequitativas entre mujeres y hombres, asociado al establecimiento de roles diferenciados, estereotipos y prejuicios basados en las diferencias sexuales, biológicas y anatómicas, a las que se sobreponen las diferencias culturales de género, que son diferencias socialmente construidas y valoradas en distinta medida.

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por el año 1993, la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en Viena, reconoce que los derechos humanos de las mujeres y niñas son “parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales...”.²⁴

La violencia contra las mujeres atenta contra los Derechos Humanos fundamentales como: la vida, la integridad personal, la libertad, la igualdad

23. Irene Pesántez, ponencia “Violencia de género: consecuencia de la intolerancia a la diferencia”, Quito, 1999.

24. La Conferencia de Viena es recordada como una de las mayores movilizaciones del movimiento de mujeres a nivel mundial, pues comprendió todo un proceso de reflexión, análisis, organización, formulación de propuestas y desarrollo de acciones que sorprendieron al mundo entero por su contundencia. Uno de los eventos centrales fue el “Tribunal Global sobre las Violaciones de Derechos de las Mujeres”, organizado por ONG y que se desarrolló paralelamente a la Conferencia; se presentaron 33 testimonios de mujeres de diversas regiones del mundo sobre diversas formas de violencia y violación de sus derechos, ante un público de al menos 1 000 personas y frente a cuatro personalidades de los derechos humanos que actuaron como jueces y juezas. El dictamen final estableció que las violaciones de derechos humanos de las mujeres no han sido reconocidas como tales y que las normas de derechos humanos no se habían aplicado en estos casos como correspondía, por lo que formularon varias recomendaciones a los estados, a fin de evitar que se continuaran produciendo estos hechos. Véase, al respecto, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, *Vientos del sur: huellas de las mujeres en la Conferencia de Viena*, Lima, 1993.

ante la ley y no discriminación; consecuentemente, es una de las peores formas de violación de los Derechos Humanos oculta bajo el manto de la privacidad, que afecta principalmente a las mujeres y a los/as niños/as.²⁵

Sin embargo, su ejercicio reiterado e impune se ha ido naturalizando como un mecanismo legítimo para educar, orientar, ayudar, corregir, persuadir y relacionarse. Así, según datos estadísticos recientes, se observa que el noventa y dos por ciento de las denuncias proviene de mujeres, mientras que solamente el ocho por ciento proviene de los varones (CEPAM, Proyecto Fortalecimiento a las Comisaría de la Mujer y la Familia).²⁶ De la violencia ejercida contra las mujeres, en el Ecuador, seis de cada diez mujeres, entre los veinticinco y los cincuenta y cinco años, son víctimas de alguna forma de violencia. De ellas veintidós de cada cien son agredidas a diario; cincuenta son simultáneamente insultadas y golpeadas; y veintisiete son además forzadas sexualmente (Corporación Ética-CEPAM, 2002).²⁷

Según el art. 2 de la *Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia*, violencia intrafamiliar es: “toda acción y omisión que consista en maltrato físico, psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar”. A partir de esta conceptualización, se puede entender que la violencia intrafamiliar puede ser de tres tipos:²⁸

Violencia física: es todo acto de fuerza que cause daño, dolor o sufrimiento físico en las personas agredidas, cualquiera sea el medio empleado y el tiempo que se requiera para su recuperación, por ejemplo: puñetazos, patadas, disparos, golpes con objetos, etc.

Violencia psicológica: constituye toda acción u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional, alteración psicológica, disminución de la autoestima; la intimidación, amenazas que infundan miedo o temor de sufrir un mal grave e inminente en su persona, ascendientes, descendientes o afines hasta el segundo grado.

Violencia sexual: es todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, ya sea obligando a la víctima a mantener relaciones sexuales u otras prácticas sexuales con el agresor o terce-

25. Según UNIFEM, el sesenta y cinco por ciento de las mujeres sufren este problema a nivel mundial, el mismo que se repite de madres a hijas.

26. CEPAM, *Entre la sombra y la esperanza*, Quito, 1998.

27. Documento inédito.

28. Véase, art. 4, *Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia*.

ros, contra su voluntad, mediante el uso de fuerza física, amenazas o cualquier otro medio coercitivo.

LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: UN PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA

En virtud de las gravísimas consecuencias que genera la violencia intrafamiliar y de género en las mujeres y niñas que la sufren, tales como mortalidad, morbilidad y discapacidad, ésta ha sido declarada como un problema de salud pública en el país (CEPAM, 2001).²⁹

El Banco Mundial ha calculado que la violencia contra las mujeres, entre las edades de quince y cuarenta y cuatro años, representa una carga tan grande para su salud como la infección por VIH, tuberculosis, infecciones del puerperio, cáncer y afecciones del corazón (CEPAM, 2001).³⁰

Lo anotado da cuenta de que la violencia contra las mujeres constituye también un freno al desarrollo de los países, pues impide que las mujeres desarrollen todo su potencial.

VIOLENCIA SEXUAL Y DERECHO PENAL

La violencia sexual es una de las formas de expresión de la violencia de género y, por tanto, otro de los ámbitos en los cuales los avances de las normas constitucionales deben traducirse en reformas al Código Penal, de manera que exista una protección real hacia las mujeres.

El Derecho Penal también define un modelo de sexualidad y un modelo de sujeto de derechos, en el cual las mujeres no están presentes, así se explica cómo a pesar de la prohibición constitucional de discriminación, aun en nuestro Código Penal se pueden encontrar disposiciones legales discriminatorias, según las cuales las mujeres son consideradas como seres débiles e incapaces o de segunda clase, que reproducen una organización social inclinada a controlar y reprimir la sexualidad femenina, en donde el cuerpo de las mujeres pasa a ser objeto de control social y aparece desvinculado del

29. *Violencia Intrafamiliar y de Género*, Guía de Prevención y Atención para Proveedores/as de Salud, Quito, 2001, p. 12.

30. *Ibid.*, p. 13.

ejercicio de la sexualidad, negándoles el derecho a decidir sobre su fecundidad y la práctica de su sexualidad.

La naturaleza de nuestro Derecho Penal es más bien discriminatoria, tradicionalista y anacrónica, cuyas disposiciones han quedado fuera de toda la teoría y práctica de los Derechos Humanos, lo cual se manifiesta en el tratamiento discriminatorios que tienen las diferencias entre hombres y mujeres o entre mujeres “honestas” o “puras” y mujeres “deshonestas”, y una distorsión del espíritu de la ley, al establecer como atenuantes determinados momentos del ciclo de vida de las mujeres en la comisión de delitos y un sistema exculpatorio de delitos contra la vida por “razones de honor”.

El anacronismo de nuestro Código Penal es evidente cuando penaliza figuras como el rapto. En la plebe romana, el paso previo al matrimonio era el rapto (*cum manu*). En nuestro país, éste se define como el acto de arrebatar con violencia, artificios y amenazas a un menor de más de siete años de edad, a las niñas menores de 16 años y a las mujeres entre los 16 y 18 años. Aquí la edad es el factor que determina la sanción.

Hay un criterio de represión sexual, más que una ideología protectora de un desarrollo adecuado de la sexualidad infantil. La penalización del rapto en mujeres jóvenes y adultas es discutible si se piensa en una opción de ejercicio de la sexualidad fundamentada en la libertad, cuando una mujer abandona su hogar voluntariamente.

Existe además una profunda relación entre el Derecho Penal positivista y la moral cristiana tradicional, expresada en la sobrevaloración del concepto de virginidad y castidad masculinas, así como la criminalización de la libertad para decidir sobre la reproducción, que se sustenta en el dogma cristiano de la Inmaculada Concepción y la visión oscurantista que vincula la sexualidad con el pecado, prescribe modelos de sexualidad y conductas reproductivas, fundamentadas en la heterosexualidad, sancionando aquellos comportamientos que no se ajusten a estas prescripciones.

Se considera que nuestro Derecho Penal tiene un carácter controlador pues sus normas contienen un simbolismo tendente a la mantención de roles sociales inequitativos y diferenciados, atribuidos en virtud del sexo biológico, que constriñen a las mujeres a la maternidad, la reproducción y la vida doméstica a través de un control social formalmente instituido y comúnmente practicado. Tal es el caso del art. 202 del Código Penal, según el cual, los padres, maridos o tutores pueden tomar las cartas de sus hijos, consortes o pupilos “que se hallaren bajo su dependencia”, sin ser sometidos a ningún tipo de sanción, cuando sí se hace en la sustracción de la corresponden-

cia por otras personas, irrespetando el derecho constitucional a la inviolabilidad y el secreto de correspondencia, contemplado en el art. 23, num. 13.

En el caso del estupro, se exige que el sujeto pasivo de este delito debe tener la calidad de “mujer honesta”. La forma como está tipificado este delito evidencia la presencia de elementos subjetivos discriminatorios en esta norma penal, que hacen patente el criterio dual y la doble moral que se utilizan para juzgar el comportamiento sexual de los hombres y las mujeres. El supuesto fundamental de este delito no debe ser la honestidad de la mujer, sino el engaño o la seducción que se utilizó para consumir el hecho.

Los discursos normativos que sustentan estas normas del Código Penal, deben ser revisados y reformados, pues la función del Derecho Penal no es imponer modelos de virtud personal, tampoco puede pretender moldear comportamientos o promover transformaciones en el ámbito de la sexualidad, sino garantizar que las personas, hombres y mujeres, puedan ejercer sus derechos sin la amenaza permanente de su violación impune. Son los Derechos Humanos, reconocidos y garantizados en nuestra Constitución Política, los que deben inspirar la elaboración de las normas y dotarles de un sentido ético que asuma a los seres humanos como sujetos de derechos en toda su integralidad y diversidad.

El Derecho Penal debe intervenir solo frente a hechos determinados que vayan en contra de los bienes jurídicos; en consecuencia, la sanción penal no puede ser un mecanismo de represión de formas de vida, condiciones, situaciones o características.

La función del Derecho Penal debe ser la de protección a las personas frente a actos agresivos, provenientes, tanto de otros individuos, como del propio Estado. Consecuentemente, los Derechos Humanos, no solo que son límites al Derecho Penal, sino que deben constituirse en sus fines, situando a los seres humanos, hombres y mujeres como sujetos, cuya dignidad y autonomía sean el referente de acción del Estado.

Una de las consecuencias más perniciosas de nuestro ordenamiento legal es la elevada impunidad en casos de violencia sexual, así el Análisis de Situación de la Niñez de 1997, cita un estudio elaborado entre el período 1989-1992, que arrojó como resultado, que de los 3 471 casos de violencia sexual denunciados en las Comisarías e Intendencias de Quito y Guayaquil, el 76,13 por ciento correspondían a niñas entre 0 y 19 años de edad; el grupo más afectado fue el comprendido entre los 10 y 19 años de edad.

Estas cifras, a pesar de no tener datos desagregados por sexo, muestran la incidencia y gravedad de la problemática de la violencia, explotación y

abuso sexuales, el tráfico y la posible venta de sus órganos, al que está expuesta toda la población, pero especialmente las mujeres, los niños y las niñas; así como la ineficacia de la norma penal para enfrentar este tipo de problemas y prevenir actos como estos.

En la publicación "La Justicia Presa", se observa una incidencia de delitos sexuales del 56,86 por ciento; siendo la población femenina, la que mayoritariamente es objeto de abusos sexuales, con un 99,31 por ciento. Esta misma investigación, informa también, que de una totalidad de 700 casos investigados, que fueron los que ingresaron a los juzgados de lo Penal de Quito, entre 1994 y 1996, por delitos sexuales y de lesiones cometidos en el ámbito intrafamiliar y fuera de él, solo en 25 de estos se había dictado sentencia, encontrando similares realidades en Guayaquil y Cuenca.³¹

Según datos aportados por el IECAIM, de 1 548 denuncias sobre delitos sexuales cometidos entre 1989 y 1992, solamente se dictó sentencia condenatoria en el 1 por ciento de los casos, mientras que en Guayaquil, durante el mismo período, de 1 923 casos, se lo hizo solo en el 2,1 por ciento.³² (INSTRAW, 1998)

Esto equivale a decir que la impunidad en este tipo de delitos campea, con todas sus perniciosas consecuencias para el ordenamiento legal, la administración de justicia y en general la estabilidad democrática nacional; generando un ambiente de absoluta inseguridad jurídica en la población y frente a la cual el Estado tiene la obligación de responder en su calidad de garante del respeto a los Derechos Humanos.

FAMILIA

La Asamblea Nacional de 1998 fue un espacio en el que se confrontaron distintas concepciones sobre la familia, su conformación, estabilidad y ruptura; la necesidad de perdurabilidad de la reproducción biológica y material; la descendencia segura que garantice la herencia; y la situación de los hijos.

La familia como institución tiene una relevancia simbólica fundamental y está sobrecargada de significaciones y sobredemandas de cumplir con un fin determinado. Este tipo de organización social basada en la familia nuclear ha estado formalmente legislada, teniendo como fundamento la potes-

31. Beatriz Orellana, *La Justicia Presa*, Cuenca, CEPAM / USAID, 2000, pp. 27-32; 63-70.

32. IECAIM, *El maltrato a la niña en el Ecuador*, Quito, 1998, pp. 74-78.

tad marital, esto es la supremacía del varón/padre/marido, a quien le correspondía la jefatura de la sociedad conyugal, el ejercicio de la patria potestad, la toma de decisiones, la dirección del destino económico y espiritual de la familia; y en general la autoridad omnimoda; lo que conllevaba la incapacidad relativa de la mujer casada (*capitis diminutio*) que la ponía en igualdad de condiciones que los menores de edad, por lo que requerían de la representación del marido o cónyuge para toda actuación.

Concebir la familia nuclear heterosexual como una “institución natural, permanente y absoluta” también incide en lo jurídico, se da por existente y sobre ella el Derecho regula su constitución, características y consecuencias legales; es irrelevante su contexto y desarrollo históricos.

El feminismo ha cuestionado estos conceptos, al constatar que la familia es el núcleo político básico a partir del cual las mujeres son concebidas como esposas, madres, dueñas de casa y por tanto, recluidas a la esfera de lo privado, considerándolas además como predestinadas biológicamente para tales roles. Desde el feminismo se reconoce que la asociación entre familia, amor y refugio emocional no es tan real, por el contrario, muchas veces oculta manifestaciones violentas y conflictos; consecuentemente, la familia se convierte en una unidad más del sistema de poder, donde coexisten, diversas y conflictivas relaciones de poder-dominación-desigualdad entre sus miembros.

Alda Facio encuentra que una de las formas de sexismo en materia legal es el *familismo*, esto significa considerar a las mujeres y a la familia como sinónimos, y por ende sus necesidades e intereses son los mismos.³³

Uno de los rasgos fundamentales del familismo en la legislación es el establecimiento de principios y garantías especiales para las mujeres, a través de la protección a la familia, bajo la necesidad de cuidar a las mujeres, en su rol de reproductora se protege a la mujer-madre, lo cual desconoce su valor como persona y su calidad de titular de derechos, partiendo del criterio de que ella no tiene necesidades ni derechos propios en condición de ciudadana.

En el caso de nuestra Constitución Política, la matriz de familia nuclear heterosexual se ha mantenido, así en los arts. 37 y 38, referidos a la familia, la maternidad, y el matrimonio; se reconoce dos tipos de familia, *de jure* (matrimonio) y de hecho; aclarando que es la unión de un hombre y una mu-

33. Alda Facio, *Cuando el género suena cambios trae*, tercera edición, San José, ILANUD, 1999.

jer (matriz heterosexual). Estas normas no protegen ni refuerzan a cualquier familia, sino a aquella que se ajusta a discursos y prácticas preestablecidos y reconocidos como válidos y legítimos, con un significado institucional: la familia tradicional nuclear y heterosexual, que responde tanto a la idiosincrasia de quienes ostentan el poder político, como a su imaginario del bien jurídico que debe protegerse; por lo que la norma constitucional de protección a la familia implica que esta protección será diferente, según la forma de constitución; los derechos y obligaciones como la presunción de paternidad se establecen diferenciadamente según se trate de la constitución de una familia “por vínculos legales o de hecho”, pues aunque se aceptan estas dos formas de constitución de la familia, en el imaginario social sigue habiendo una legítima, la otra solo existe en cuanto negación de la primera o en oposición a ésta, pero sin legitimidad en sí misma.³⁴

La naturalización de la familia nuclear heterosexual se relaciona también con un discurso moral y con un destino humano inalterable relacionado con la reproducción. Se puede observar entonces que los criterios sobre la familia que han sido cuestionados e interrogados por la teoría crítica y el feminismo, aún forman parte de nuestro ordenamiento legal. Por lo tanto, el reconocimiento del derecho de las personas a no ser discriminadas, por ninguna razón, entre ellas, por su orientación sexual, es limitado cuando se lo trata en el contexto, relacionándolo con otras disposiciones como las revisadas, pues familias conformadas por personas GLBT no son reconocidas como legítimas, al menos en la legislación secundaria, que es donde se acusa de manera objetiva su exclusión. A nivel constitucional, por otra parte, el reconocimiento de familias alternativas enfrenta un posible debate: el del conflicto entre un espíritu nacional sexista y heterosexista en su concepción de “familia-núcleo de la sociedad”, y los principios universales y constitucionales de igualdad y no discriminación.

De todas maneras, lo que sí es un avance en materia de derechos de las mujeres son las declaraciones de igualdad de derechos, obligaciones, oportunidades y capacidad legal de los integrantes de la familia, el apoyo a las jefas de hogar; y dentro de las uniones de hecho: la presunción legal de paternidad y de sociedad conyugal.

La unión libre como alternativa al matrimonio es frecuente, aunque en ciertos casos, todavía social y culturalmente no es muy bien vista ni aceptada; muchas pasan a ser relaciones ocultas como respuesta a la condena so-

34. Lorena Fries y Alda Facio, comps., *Género y Derecho*.

cial de la que son objeto. El Estado, al reconocer constitucionalmente la validez de la unión de hecho, establece su vigencia en la sociedad y la legitima, entonces, esta unión pasa a ser un sujeto de derechos.

Otras formas de organización familiar son las de *jefatura femenina*, donde las mujeres cubren todos o la mayoría de los gastos que requieren los integrantes de su familia, generalmente por ausencia del cónyuge o conviviente, porque éste está desempleado, por separación o abandono causados por decisión propia o migración obligada; por tanto, la capacidad de generación de ingresos queda limitada a las mujeres y este hecho puede determinar una mayor vulnerabilidad ante la pobreza, situación que se vuelve más compleja cuando la jefa del hogar carece de la capacitación o los recursos necesarios para insertarse en el mercado laboral con altos niveles de remuneración.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

La relación sexualidad³⁵-ciudadanía es más bien reciente. La reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos constituye un aporte significativo del “Movimiento de Mujeres” a nivel mundial, porque incorpora en el concepto de ciudadanía el derecho a la libertad y a la autodeterminación de la vida sexual. A raíz de las últimas conferencias mundiales de Naciones Unidas se han concretado y reconocido las posibilidades de su exigibilidad, a través de su positivización en instrumentos internacionales, tanto a nivel mundial, como interamericano.

35. A la luz de los autores Michel Foucault, Carol Vance, Jeffrey Weeks y Thomas Lacqueur, entiendo a la sexualidad como un constructo social, que ha resultado de la interacción de múltiples factores político-, sociales, económicos, culturales y subjetivos, como consecuencia de procesos históricos y dinámicos, inmersos en una relación dialéctica individuo-sociedad, en la cual se expresan sistemas simbólicos, saberes, imaginarios, discursos y prácticas, a partir de las cuales se establecen relaciones de poder, dominación, resistencia y contestación. Consecuentemente, la sexualidad no es una dimensión de la naturaleza humana inmutable y/o estática, así como tampoco lo es la identidad y menos aún el cuerpo. Por lo tanto, no necesariamente la sexualidad y la reproducción deben estar unidas. Los movimientos feministas han reivindicado el derecho a la autonomía en el ejercicio de la sexualidad, no ligada exclusivamente a la procreación; sino más bien considerada como una fuente de placer, un mecanismo de comunicación, la recuperación del erotismo humano, “un encuentro gratuito entre diversos”, etc. La separación entre sexualidad y reproducción lleva implícito el concepto de “la sexualidad sin reproducción, y la reproducción sin sexualidad”, esto es: por un lado, la contracepción; y, por el otro, la fecundación artificial; la sexualidad se convierte entonces en un espacio de experiencia abierto, en donde la elección es la base fundamental de su vivencia.

Entre las conferencias e instrumentos internacionales relacionados con derechos sexuales y reproductivos más importantes pueden señalarse:

- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (diciembre, 1989), que define a la violencia como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico...”.
- Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro adelanto de las mujeres (julio, 1985).
- Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos (1993), determinó que: “los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales...”, allí se recomendó a los estados la necesidad de tomar medidas para evitar y erradicar la violación de estos derechos, de manera especial todas las formas de violencia pública y privada como el abuso y acoso sexual y la trata de blancas.
- Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, septiembre, 1994): “184 estados reconocieron por primera vez los derechos reproductivos contenidos en todos los documentos sobre derechos humanos, y señalaron metas financieras específicas para la salud reproductiva con un concepto de integralidad de la misma, fundamentada en los derechos de las mujeres y el acceso a servicios de calidad, que no exceptúan a los/as adolescentes”. Se reconocieron los derechos a: “adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia; alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”. Se dio un nuevo enfoque a la planificación familiar al relacionarla con “la máxima libertad de elección en materia de procreación” de parejas e individuos, reconocieron la diversidad de formas familiares y la necesidad de apoyarlas para su estabilidad. De todos modos es importante señalar que en la Conferencia de El Cairo, se adoptó solamente la expresión “derechos reproductivos”, mas no sexuales, lo cual evidencia que todavía el tema sigue causando temores y recelos; allí fue especialmente influyente la posición de los países árabes y la jerarquía católica del Vaticano para frenar ciertos avances.
- Cumbre Social de Copenhague (marzo, 1995), entre los compromisos adoptados está el de “garantizar el acceso universal a los servicios de atención en salud, incluso los relacionados con salud sexual y reproductiva”.

- Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing (septiembre, 1995): determina que: “los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener control sobre y decidir libre y responsablemente en materias relacionadas con su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia”, y exhorta a compartir las responsabilidades familiares equitativamente.

Los derechos sexuales se fundamentan en la autodeterminación humana para el ejercicio de la sexualidad sana y placentera, en sus dimensiones físicas, emocionales y espirituales y no ligada necesariamente a la procreación. En general, se reconocen como tales los siguientes:

- El derecho de todas las personas a decidir de manera libre y responsable sobre todos los aspectos de su sexualidad, incluyendo la promoción y protección de la salud sexual y reproductiva;
- el derecho a vivir la sexualidad sin discriminación, coacción o violencia;
- el derecho a esperar y exigir consentimiento completo, respeto mutuo, placer y responsabilidad compartida en las relaciones sexuales.³⁶

Los derechos reproductivos, por su parte, se fundamentan en el reconocimiento básico de mujeres y hombres, a decidir libre e informadamente sobre su vida reproductiva y ejercer el control voluntario y seguro de su fecundidad, incluyendo el derecho a optar por la no reproducción. Se reconocen como derechos reproductivos los siguientes:

- Decidir libre y responsablemente el número de hijos que se desean tener, cuándo y con qué frecuencia y el tener la información, educación y medios para lograrlo;
- alcanzar el estándar más alto de salud sexual y reproductiva y tomar decisiones sobre la reproducción, libres de discriminación, coerción y violencia, posibilitando el ejercicio de una vida sexual satisfactoria y segura, a fin de evitar embarazos no deseados. El derecho a la salud sexual y reproductiva se inscribe en el concepto integral de salud, no solo como la ausencia de enfermedad, sino como un estado de bienestar físico, mental, afectivo y social; en consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satis-

36. *Derechos sexuales y reproductivos*, New York, Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, 1999.

factoria, una procreación deseada y segura, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual;

- acceder, como última opción, al aborto seguro y al tratamiento humanitario y adecuado en las complicaciones que pudiera generar.

La propuesta de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución Política del Ecuador, surgió del movimiento de mujeres ecuatorianas en su diversidad, que conocía sus implicaciones en la vida de las mujeres; sin embargo, en la clase política había un desconocimiento casi total sobre los mismos, pues la sexualidad en muchos casos es objeto de especulaciones subjetivas anquilosadas en prejuicios que niegan la condición humana de seres sexuados y más aún el derecho de las mujeres a decidir autónomamente sobre la sexualidad y la reproducción.³⁷

Resulta que la demanda de derechos sexuales y reproductivos no se reduce a una concesión benévola del Estado para el acceso a servicios. La formulación de los derechos sexuales y reproductivos tiene como fundamento la libertad y autonomía³⁸ de decidir sobre la reproducción y el ejercicio de la sexualidad, los cuales se articulan al acceso a una sexualidad más humana, sana y segura, desligada del comercio sexual y la violencia, que no se restrinja a las actividades inherentes al funcionamiento del aparato genital y que trascienda las necesidades biológicas, ya que el individuo autónomo es capaz de tratar a otros como tales y de reconocer que el desarrollo de sus capacidades separadas no es una amenaza para él. Esta propuesta implica además la exigencia de que los hombres asuman responsabilidades por las consecuencias provenientes del ejercicio de su propia sexualidad³⁹ y la obliga-

37. Natacha Reyes, *Hombres públicos, mujeres privadas (Género, democracia y ética ciudadana)*, Quito, Eskeletra, 1999, p. 218, comenta que el asambleísta Ricardo Noboa preguntaba: “¿qué era eso de los derechos reproductivos?”. En uno de los debates Ángel Polibio Chávez, indicaba: “Es importante que la Constitución recoja términos de fácil comprensión. Lamentablemente, cuando se ha preguntado, qué comprende esto de los derechos reproductivos, no ha sido posible tener una explicación satisfactoria...”.

38. Las demandas de autonomía tienen también un profundo contenido político, pues, para que pueda practicarse, se requiere una recomposición de las relaciones de poder, una reconfiguración de la política, lo que conlleva la conformación de actores sociales identificables, que aportan, reclaman, reivindican, actúan, proponen, argumentan, establecen y pactan; es decir que la autonomía es un acto político. La autonomía por género, para cada género, implica un nuevo pacto entre ambos, la democracia genérica, la posibilidad de establecer relaciones de equidad entre hombres y mujeres. En: “Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres”, inédito, s.l., s.f.

39. Como dijera Gisela Dütting en el VII Encuentro Internacional de Salud de la Mujer, celebrado en Kambala, Uganda, en septiembre de 1994: “(...) la lucha por los derechos reproductivos, es simultáneamente una crítica radical de la sociedad patriarcal y el modelo de desarrollo dominante, una protesta contra el abuso. La lucha por los derechos reproductivos es parte de la lucha mayor por el

ción del Estado de procurar todos los medios (reformas legales, políticas públicas, recursos económicos, institucionalidad) para que los/as ciudadanos/as pueden ejercer estos derechos.

Desde el feminismo se reconoce que es alrededor de la sexualidad y el cuerpo de las mujeres como se ha construido históricamente una relación perversa de dominación/subordinación, habiéndose podido visibilizar y cuestionar en estos últimos años, las relaciones entre cuerpo, subjetividad e identidad, entre cuerpo/sexualidad y economía, entre cuerpo/sexualidad y política, entre cuerpo/placer y peligro.⁴⁰ A partir de allí ha sido posible construir nuevos discursos sobre el cuerpo y la sexualidad, haciendo demandas en torno a ello.⁴¹ Como dice Tatiana Cordero:

La demanda es el poder sobre el propio cuerpo: el control sobre el propio cuerpo, la autodeterminación sexual de las mujeres, la sanción a sus violaciones, la restitución de daños y la garantía de estos derechos, en lo privado y en lo público. En definitiva, que nuestros cuerpos no sean objetos para otros, o de apropiación pública, ni que otros determinen sobre ellos o los afecten, que seamos nosotras mismas, sujetos de nuestro cuerpo y nuestra sexualidad.⁴²

Estas reflexiones han posibilitado el traslado de la sexualidad y reproducción, de lo privado, para convertirse en una de las dimensiones fundamentales en el proceso de construcción de la ciudadanía de las mujeres, reconociendo los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos.

Así, según Haydée Birgin, el primero de los llamados “derechos naturales”, y por tanto constitutivo del ser humano, a través del cual se pueden establecer relaciones diferenciadas con otros e instaurar la posibilidad de un

poder político. Los derechos reproductivos deben siempre consistir en la capacidad de la mujer de lograr cosas por sí misma, de ganar el poder político necesario para transformar las relaciones sociales”.

40. *Feministas por la Autonomía*, Quito, 1999. Documento de reflexión interna.

41. Al respecto, Catherine Mackinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Colección Feminismos, Editorial Cátedra, 1998, señala la alienación de la sexualidad femenina como la raíz de la opresión de las mujeres; añade que el poder total que ostentan los varones sobre las mujeres se fundamenta en: “su capacidad de reducir las a la encarnación de sus deseos sexuales, la ley reproduce la sexualidad desde una perspectiva masculina y asegura el control masculino sobre los cuerpos de las mujeres, así las leyes sobre la prostitución y la obscenidad tienen más que ver con el mantenimiento del dominio de los varones sobre la sexualidad de las mujeres que con la preservación de su seguridad”.

42. Tatiana Cordero, *Posicionamiento de los derechos sexuales en el lanzamiento del Tribunal de las Mujeres por los Derechos Sexuales*, 1999.

orden social, es el derecho a disponer del propio cuerpo, íntimamente ligado con los derechos a la vida y la libertad.⁴³ En este marco general se inscribe la reivindicación de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de la titularidad del derecho, por el solo hecho de ser humano o humana.

La autodeterminación en el ejercicio de la sexualidad y el control de la fecundidad, lleva implícito el requisito de que no se ejerza violencia sobre el cuerpo de las mujeres, y por tanto, no sea sometido a prácticas sin su consentimiento y voluntad; lo cual tiene relación directa con derechos humanos básicos, como el derecho a la vida, la libertad; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, la tortura y el trato cruel.

De allí que la defensa de los derechos sexuales y reproductivos supone también la defensa de la libertad y la igualdad: libertad para decidir e igualdad de acceso a la información y los servicios médicos; por ello estos derechos son intrínsecamente democráticos, pues parten de la libertad, especialmente de la libertad sexual y requieren el piso común de la igualdad de acceso. Consecuentemente, el argumento de justicia social respecto a los derechos sexuales y reproductivos radica en el acceso equitativo a los servicios de salud económicamente accesibles y de calidad, esto es: cuidados médicos, cuidados prenatales, disminución de la mortalidad materna e infantil, reducción de embarazos en las adolescentes y el aborto seguro, no clandestino y no punible.

A mi juicio, los derechos sexuales y reproductivos obedecen a una visión de identidades sociales complejas y heterogéneas que han desplazado al sujeto moderno universal, en cuanto reconocen a la sexualidad como un tejido discontinuo de prácticas discursivas y de poder; los individuos son los espacios donde se entrecruzan esas prácticas y participan en ellas simultáneamente, por tanto no pueden consolidar identidades específicas del mismo tipo, ni totalidad. Así por ejemplo, se ha constatado cómo las familias son entidades dinámicas, cambiantes, que pueden ir adoptando diversas formas en distintos momentos y que su conformación no necesariamente puede responder al matrimonio heterosexual y/o la procreación. Según esta noción, el titular de los derechos sexuales y reproductivos no es un sujeto universal u homogéneo hombre o mujer, éste es un agente múltiple, de cons-

43. Haydée Birgin, "Acción pública y ciudadanía: políticas públicas para mujeres o derechos ciudadanos", en *Acción Pública y Sociedad*, Buenos Aires, CEADEL / Feminaria Editora, 1995.

trucción compleja y de identidad social plural, en el cual el género es solo otra categoría, entre clase, raza, etnicidad, edad y orientación sexual.

La posibilidad de relacionar el tema de la sexualidad –que se creía parte de la intimidad personal– con el discurso de ciudadanía, que es eminentemente público, implica una verdadera ruptura en la tradición de este concepto, pues cuestiona profundamente el carácter fijo, natural e inamovible de los atributos masculinos y femeninos, la relación entre sexualidad y reproducción. Es precisamente por la relación sexualidad-reproducción-naturaleza como los cuestionamientos al aborto o la anticoncepción se han enfocado fundamentalmente como asuntos de reproducción y son combatidos por ser limitaciones ilegítimas e impropias a la “naturaleza”.

DERECHOS SEXUALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998

A través del reconocimiento expreso de la no discriminación por orientación sexual, la Constitución ecuatoriana formula un tratamiento garantista en favor de las identidades GLBT. Dicho tratamiento obliga al Estado ecuatoriano a tomar todas las medidas necesarias para efectivizar el pleno ejercicio de la igualdad ante la ley de las personas sexualmente diversas.

El art. 23.3 de la Constitución, relativo a la igualdad ante la ley, precisa el sentido y alcance de dicha igualdad, afirmando que la misma se refiere al goce de derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación basada en condiciones personales, o, en los términos literales de la Carta Política, “diferencias”. La norma se refiere a la “orientación sexual” como una de tales “diferencias”, que comparte texto con otras como la edad, la etnia, la filiación política, la discapacidad, el estado de salud, etc., respecto de las cuales recae la prohibición expresa de discriminar. La norma constitucional, al consagrar la no discriminación por orientación sexual, reconoce y jurifica a las personas homosexuales como sujetos diferenciados de derecho, haciendo eco de la más moderna doctrina internacional de los Derechos Humanos.⁴⁴

Esta concepción constitucional del sujeto diferenciado de derechos, se ubica en artículos como el 23.21, que reconoce el derecho a guardar reser-

44. Lola Valladares y Elizabeth Vásquez, “Documento de sustento para la resolución de orientación sexual y derechos humanos”, inédito, Quito, 2004.

va sobre datos referentes a la vida sexual, y el 23.25, que consagra el derecho “a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual”. Reconocer la existencia de un sujeto diferenciado de derechos significa reconocer que, jurídicamente, dichos sujetos poseen características propias, lo que abre la puerta a la posibilidad de normar exigencias así mismo derivadas de su especificidad.⁴⁵

DERECHOS REPRODUCTIVOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998⁴⁶

Art. 36. El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado (...) velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

Establecer una relación directa entre el derecho al trabajo y la protección de la maternidad, visibiliza una de las confusiones principales respecto de lo que son los derechos reproductivos, pues la esfera de protección de los derechos reproductivos es mucho más amplia que la sola protección de las mujeres trabajadoras en período de gestación. En los derechos laborales, el bien jurídico protegido es el trabajador como sujeto de derechos, mientras que en los derechos reproductivos, lo es la capacidad de decidir sobre la reproducción.

Esta mirada enfatiza el rol reproductivo y la necesidad de combinarlo con el trabajo que se realiza fuera de la casa, haciendo a las mujeres las únicas responsables de la reproducción. El énfasis fundamental es sobre lo reproductivo como responsabilidad femenina.

En ciertos casos, la protección de la maternidad en lo laboral termina por discriminar a las mujeres al proteger su rol reproductivo a expensas de la igualdad de oportunidades.

De todas maneras, a partir de esta disposición, el Estado ecuatoriano asume la responsabilidad de respetar y garantizar todos los derechos reproductivos. Pero además es importante que se tenga en cuenta que la maternidad no es solo un tema que les corresponde a las mujeres, sino que la reproduc-

45. Elizabeth Vásquez, “La identidad de género como criterio en la determinación del sexo civil”, tesis doctoral, Quito, PUCE, 2003.

46. Uno de los derechos que no se aprobó fue el derecho a la educación sexual, a pesar de haber sido presentada la propuesta para su inclusión en la Constitución.

ción es una función social y como tal genera obligaciones, tanto en el espacio público, como en el privado; lo cual nos coloca en otros ámbitos de discusión como el tema de responsabilidades familiares compartidas, esto es comprender que en la reproducción, no solo intervienen las mujeres, sino que se la debe entender como un proceso en el que intervienen, además del Estado, todos los miembros de la familia, sea ésta nuclear o ampliada, porque la reproducción es un derecho.

La simbolización de lo femenino, como ligado a la biología y la conservación de la especie incide severamente en el proceso de ciudadanía de las mujeres, de esta manera, ellas devienen fundamentalmente en madres antes que en ciudadanas; ya no se discute su humanidad, se las considera como iguales, pero no como sujetos, sino como portadoras de la capacidad de traer a la vida a nuevos seres, pero bajo la forma de tutelaje. Esta práctica es la que debe evitarse cuando se interpreten estas disposiciones constitucionales o se formulen normas secundarias relacionadas.

Art. 39. (...) Se propugna la maternidad y paternidad responsables, se garantiza el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, adoptar, mantener y educar, debiendo el Estado informar, educar y proveer los medios que coadyuven al ejercicio de este derecho.

El derecho a decidir el número de hijos que procrear no es una potestad exclusiva de las mujeres; sin embargo, el discurso social ha colocado la responsabilidad de la anticoncepción sobre las mujeres mayoritariamente; solo en el último tiempo, en el Ecuador se empieza a discutir la necesidad de fortalecer el concepto de corresponsabilidad masculina en la reproducción, sin soslayar el rol importante que juegan los hombres en el logro de la equidad entre los géneros, especialmente en los planos de la sexualidad y planificación familiar.

Los derechos reproductivos remiten, en parte al derecho a decidir tener o no hijos; sin embargo, hay un discurso tradicional, muy difícil de desmontar que concibe a la reproducción como un fin, mas no como un evento que puede o no sobrevenir como consecuencia del ejercicio de la sexualidad, lo cual dificulta la comprensión de las verdaderas implicaciones de este derecho.⁴⁷

47. La base legal fundamental para la demanda de aprobación del derecho a decidir sobre el número de hijos, está contenida en el art. 16 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, textualmente dice: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la violencia contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el

La organización social y las relaciones de poder que se materializan en la vida cotidiana hacen del tener hijos una decisión que no siempre está en manos de las mujeres, pues ésta se encuentra atravesada por la subordinación, las tareas cotidianas de reproducción en la vida familiar, las limitaciones de recursos económicos, conocimientos e información, los mitos sobre el uso de anticonceptivos, la sexualidad forzada, las políticas de salud, el enfoque de atención en los centros de salud, la situación de discriminación y violencia que afrontan las mujeres y los estereotipos y mitos que se han generado alrededor de la maternidad obligatoria.

En consecuencia, la importancia fundamental del reconocimiento de este derecho está en que traslada la maternidad de la esfera meramente biológica y aun impuesta al discurso de los derechos; la conciencia de la reproducción como un derecho individual es el punto de partida de una autovaloración como sujeto de derechos, lo cual se relaciona también con la necesidad de contar con las facilidades personales y sociales adecuadas para el desarrollo adecuado de sus hijos/as.

Art. 43. (...) El Estado promoverá la cultura por la salud y la vida, con énfasis en la educación alimentaria y nutricional de madres y niños, y en la salud sexual y reproductiva, mediante la participación de la sociedad y la colaboración de los medios de comunicación social.

En general, las políticas públicas elaboradas desde el Estado en relación al tema de derechos sexuales y reproductivos, se reducen a programas y servicios de salud, dirigidos a las mujeres como grupos homogéneos, enfatizando la salud materna y sus funciones reproductoras. Según Zaida Crespo: “no existe una política de salud que contemple a las mujeres en su integridad, los programas ministeriales están dirigidos al binomio madre/hijo o a la mujer desde su potencialidad de ser madre, extrayéndola de su ciclo vital”.⁴⁸

Se parte por tanto de tres supuestos: que las mujeres son receptoras pasivas del desarrollo; que la maternidad es la función más importante de las

matrimonio y las relaciones familiares y... asegurarán... el mismo derecho para elegir libremente cónyuge...; y los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos...”.

48. Zaida Crespo, “Contextualización de la investigación cualitativa: ruta crítica de las mujeres mayores de 15 años afectadas por VIH”, en *Género, violencia y salud*, Quito, edit. Edgar Isch, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito / UNFPA, 1998.

mujeres; y que la crianza y socialización de los hijos, así como el cuidado de los miembros de la familia es su participación más efectiva en el desarrollo.⁴⁹

Estos enfoques determinan que se diseñen políticas de tipo asistencialista, dirigidas a madres pobres, mediante la entrega de ayudas alimentarias y bonos como el materno infantil. Las políticas de salud relacionadas con la esfera reproductiva se orientan a la ejecución de proyectos de atención materno infantil, el control de algunas enfermedades de transmisión sexual, el cáncer. Es decir, que no se toma en cuenta la salud integral de las mujeres, ni se comprende qué ciertos problemas de salud femeninos son resultado de la división inequitativa de roles, más bien las mujeres son patologizadas y medicalizadas, con visiones fragmentadas de sus cuerpos, su vida y salud, separándolas de sus relaciones y condiciones individuales y sociales.

Problemas como el aborto, el embarazo precoz, las causas de mortalidad materna y femenina, métodos anticonceptivos permanecen invariables en el tiempo, debido, entre otras causas, a que desde el Estado se mantiene una política de atención en salud que pasa por alto las necesidades de las mujeres, su subjetividad, sus saberes, y restringe la oferta solo a un ciclo de vida: el reproductivo, lo que además no incluye una propuesta integral de atención y promoción de salud, y menos aún una conceptualización de derechos reproductivos.

A partir de estas constataciones, la propuesta de salud sexual y reproductiva da un giro radical a todas las formas de atención tradicionales. Según la Organización Mundial de la Salud “la salud reproductiva es el estado de completo bienestar físico, mental y social de los individuos (no sólo la ausencia de enfermedad o molestias), en todos los aspectos relativos a la reproducción y la sexualidad”.

Esta concepción hace necesario subrayar los elementos siguientes:

- Que existe un enfoque integral de la salud;
- que las personas puedan ser capaces de reproducirse, pero también administrar su fecundidad;
- que las mujeres tengan embarazos y partos seguros;

49. María Eugenia Lima, “Situación jurídica de la mujer en relación a la salud reproductiva y la maternidad sin riesgos”, ponencia para el Seminario Taller “Los retos de la salud reproductiva y de la maternidad sin riesgos en el Ecuador”, s.l., s.f.

- que el producto del embarazo sea exitoso en relación a la sobrevivencia y el bienestar materno infantil;
- que las parejas puedan tener relaciones sexuales sin riesgo de embarazos no deseados o al contagio de enfermedades de transmisión sexual;
- el disfrute y goce de su propia sexualidad.

Es necesario vincular la salud sexual y reproductiva con los derechos, pues esto permite una real exigibilidad, superando una visión meramente biológica o médica para avanzar hacia contextos políticos, culturales e institucionales. Lo que implica entender a las usuarias como sujetas de derechos; ello supone el acceso a la información y los medios necesarios para su ejercicio, de tal forma que aseguren el respeto a las opciones personales y el debilitamiento de reglas y prácticas autoritarias, socialmente instituidas para aumentar la sobrevivencia de ellas y sus hijos/as.

La iniciativa de maternidad sin riesgo necesariamente debe partir del reconocimiento que la mortalidad materna es una consecuencia directa de la posición subordinada de las mujeres en la sociedad, expresada entre otras cosas en nutrición deficiente, bajos niveles de educación, violencia intrafamiliar; por lo cual la anticoncepción es vista como un mecanismo para mejorar la salud materna y reducir la mortalidad, al disminuir el número de embarazos de alto riesgo.

Por lo tanto, la atención de la salud sexual y reproductiva debe ser integral, de calidad, que propicie el conocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres y fomente su autonomía, al mismo tiempo, debe permitir o alentar a los hombres a asumir sus responsabilidades por las consecuencias que devengan del ejercicio de su sexualidad, su fecundidad y el bienestar de su compañera e hijos/as.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

La economía global se impone como otra de las formas de dominación patriarcal, que parte de un imperativo de enriquecimiento incontrolado de unos pocos, a costa de cualquier cosa, personas, medio ambiente, derechos humanos, etc.; esta práctica predatoria genera, como es obvio, mayor inequidad social, que afecta con mayor rigurosidad a las mujeres, cuando constatamos que somos dueñas solamente del 2 por ciento del planeta y se ha

producido un avance vertiginoso del fenómeno llamado “feminización de la pobreza”.

En el debate sobre ciudadanía entra en cuestión también el avance de la globalización y el mercado, pues se empieza a considerar que las reales posibilidades de ciudadanía están condicionadas por la inserción o no de los sujetos en el mercado y por las reglas que éste impone, sumado a un creciente proceso de individualización y su enorme carga de ambigüedad e inseguridad, consecuentemente el mercado se convierte en el regulador y administrador de aquello que le corresponde a cada uno. Los conservadores modernos, al contrario de aceptar la ciudadanía como una condición social y política, pretenden reforzar el rol del mercado y se oponen a reconocer que la ciudadanía asigna un estatus, independientemente del nivel económico (Plant, 1991: 52).

Considerar lo económico como definidor de la ciudadanía ha sido motivo de muchas críticas desde el feminismo, pues se ve en el discurso de la autosuficiencia económica un elemento que justifica la relegación de las mujeres al mundo de lo doméstico, pues las coloca forzosamente ante un gran dilema: si permanecen en el hogar, dedicadas al trabajo reproductivo y doméstico, que es también productivo en el sentido clásico de la economía, son acusadas de no estar respondiendo al requerimiento del autoabastecimiento, sino estar a la espera del ingreso masculino; mientras que si buscan un empleo fuera de la casa, son culpables por no cumplir con sus responsabilidades familiares. De esta manera se les coarta uno de los principales derechos económicos: el trabajo.

La ciudadanía implica el conocimiento y ejercicio de los derechos en los ámbitos: político, económico, social, y su intervención en la construcción de un proyecto de sociedad que integre las diversidades sociales en el marco de una democracia participativa y pluralista. Por ello, las organizaciones de mujeres plantean un desarrollo humano que considere la equidad de género como fundamento y requisito del “mejoramiento de la calidad de vida”, articulando lo económico, lo social, lo ecológico, y lo político, teniendo en cuenta que un posible éxito de los indicadores macroeconómicos no es suficiente para lograr un desarrollo democrático y sustentable.

En diciembre de 2002 en Montreal, Canadá, se establecieron los “Principios de Montreal”, que buscan guiar la interpretación e implementación de las garantías de no discriminación y de igualdad en el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, para que las mu-

jerres puedan gozar de estos derechos plenamente y en condiciones de igualdad. Este documento parte de reconocer que la desigualdad, por causa de sexo o género, es un problema que enfrentan principalmente las mujeres. Los sistemas y supuestos causantes de la desigualdad de las mujeres en el goce y ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales son muchas veces invisibles, ya que están profundamente arraigados en las relaciones sociales, tanto públicas como privadas, en todos los países.

La comunidad internacional ha reconocido hace ya largo tiempo que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”.⁵⁰ Este reconocimiento implica que los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos son indivisibles y forman parte integral de la vida de las mujeres. De manera que debe tenerse presente no solamente que la desigualdad en el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de las mujeres menoscaba la posibilidad de que gocen de sus derechos civiles y políticos, limitando su posibilidad de influir en la toma de decisiones y en el diseño de políticas en la vida pública, sino que la igualdad en la implementación de los derechos civiles y políticos,⁵¹ también se menoscaba si al mismo tiempo no se asegura a las mujeres el goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones.

Agrega el documento “Principios de Montreal” que en el contexto actual de neo-liberalismo y globalización económica es particularmente importante reconocer y volver a resaltar el derecho de las mujeres al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones. Las políticas de privatización, austeridad económica, y ajuste estructural, tienen impactos negativos en las mujeres,⁵² por ejemplo, en muchos casos son las más afectadas por la transición económica, las crisis financieras y el aumento del desempleo. Esto se debe en parte a que las mujeres son tradicionalmente las encargadas de brindar los servicios que se suprimen o recortan en situaciones de crisis, como el cuidado de niños y niñas, personas adultas mayores y personas enfermas. Por lo general, las primeras en perder el trabajo son las mujeres, pues en muchos casos tienen empleos inseguros y a tiempo parcial. A esto se agrega que la pobreza puede llevar a la disminución de la ración de alimentos de las mujeres y las niñas; a que las niñas

50. *Declaración y Programa de Acción de Viena.*

51. Como ha sido reiterado por la Observación General No. 28 del Comité de Derechos Humanos.

52. Informe del experto independiente, Fantu Cheru, “Efectos de los Programas de Ajuste Estructural y el Pleno Goce de los Derechos Humanos”, UN Doc. E/CN.4/1999/50, 24 de febrero de 1999.

sean las primeras en abandonar la educación; a que una mayor cantidad de mujeres se vea forzada a migrar; y a que las mujeres estén mucho más expuestas al tráfico humano, a la violencia y a la enfermedad.

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS MUJERES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1998

Nuestra Constitución recoge varios de los avances legislativos en materia de género y Derechos económicos, sociales y culturales; estos son:

Art. 34. Se garantiza la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a recursos para la producción y en la toma de decisiones económicas para la administración de la sociedad conyugal y de la propiedad.

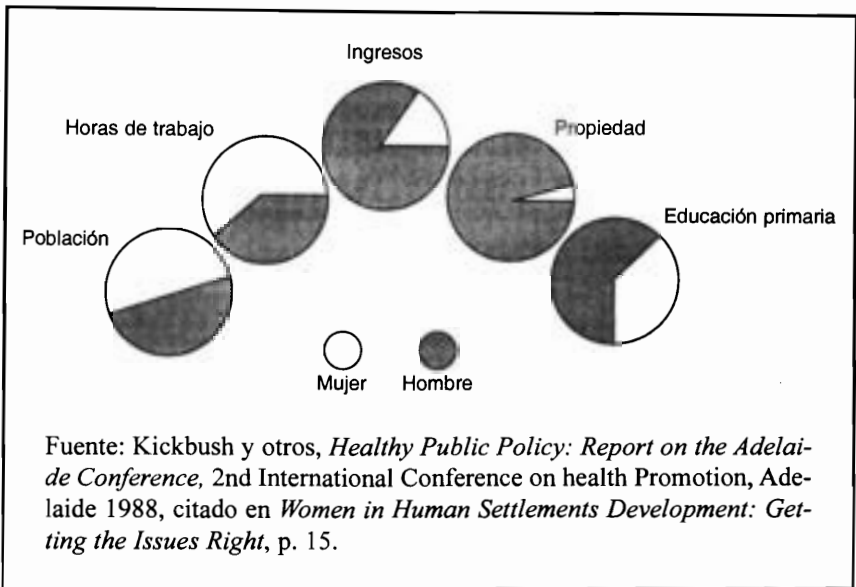
La *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada en 1948, protege el derecho de las personas a la propiedad individual y colectiva; y, a la imposibilidad de privar a una persona arbitrariamente de su propiedad. Esta misma declaración establece el principio de igualdad ante la ley y de igual derecho de toda persona a encontrar amparo en las leyes.

Igualmente, Naciones Unidas acaba de reafirmar la existencia del derecho universal de las mujeres a la vivienda. Esta resolución exhorta a los gobiernos a cumplir a cabalidad las obligaciones y compromisos a los que se ha llegado en anteriores instrumentos, en materias de tierra, propiedad, herencia y vivienda.

Los principios legales señalados fueron recogidos por nuestra Constitución, lo que demuestra los avances normativos que las mujeres han ido logrando, pero que aún no se traducen en la realidad, así, se calcula que de cada cien mujeres solo una es propietaria.⁵³ Como dice Robin Morgan: “las mujeres hacemos dos tercios del trabajo del mundo, y apenas recibimos el 5 por ciento de la divisa mundial”.

El siguiente cuadro presenta la situación de las mujeres en cuanto a algunos derechos económicos y sociales:

53. <http://www.arias.or.cr/fundarias/cph/boletin3-cph.htm>.



Art. 36. Garantías laborales de las mujeres, se definen como tales: la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor; el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer. (...) El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquel se encuentre en desventaja económica. Se reconocerá como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado.

El problema de la discriminación, a pesar de la prohibición legal, sigue siendo un hecho al que las mujeres deben enfrentarse cotidianamente y que atraviesa todas las áreas del convivir social, tanto en lo público, como en lo privado; así por ejemplo, existe una significativa discriminación por género en el mercado laboral, pues los salarios de las mujeres son un 23 por ciento más bajos que los salarios de los hombres, a pesar de tener las mismas condiciones de educación, experiencia e inserción sectorial.⁵⁴ El ingreso prome-

54. Carlos Larrea, "Ajuste Estructural, Distribución del Ingreso y Empleo en el Ecuador", traducción

dio de las mujeres en la ciudad es 38 por ciento menos que los hombres, y en el campo llega al 58,5 por ciento.

La consagración constitucional es la condición básica que garantiza un completo ejercicio de los derechos, pero el principio constitucional debe estar unido a una voluntad política que los haga cumplir, así como también deben existir políticas públicas, mecanismos administrativos claros y los recursos económicos para garantizar su respeto.

TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO COMO ACTIVIDAD PRODUCTIVA

Nuestras sociedades asignan al trabajo un rol de productor de bienes económicos para la subsistencia y de servicios en el ámbito público, cuenta con una valoración y retribución económica. Sin embargo, por el hecho de la división sexual del trabajo se determinan roles diferenciados para hombres y mujeres, donde los hombres ocupan un rol preponderante en el ámbito del trabajo, reconocido como productivo, y las mujeres un rol reproductor de la unidad familiar y de trabajo doméstico en el espacio privado, lo que provoca que esta última dimensión del trabajo quede subsumida o escondida en las paredes de lo privado, sin un reconocimiento social o peor aún económico, que valore esta actividad como otra expresión del trabajo, sin la cual la sociedad no podría funcionar en su conjunto.

Considerar las tareas domésticas “naturalmente” de exclusivo dominio de las mujeres, acarrea restricciones en su movilidad, y coarta el acceso al mercado laboral y la participación política.⁵⁵

Por otra parte, el modelo económico ha utilizado instrumentos para medir el desarrollo de los países a partir del producto interno bruto, que supone ser el valor total de los bienes y servicios producidos, incluye solo bienes y servicios intercambiados por la vía del dinero, consecuentemente el trabajo no remunerado de las mujeres ha sido ignorado, además el trabajo hecho en casa no ha figurado como tal en las estadísticas oficiales, no se paga por él y más bien se lo rechaza como trivial, sin sentido y marginal, es

resumida del trabajo realizado por el autor en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Toronto.

55. En el Ecuador, según el SIISE, el trabajo doméstico lo realizan el 99,2 por ciento de las mujeres ecuatorianas, frente a un 0,8 por ciento de hombres.

decir que el aporte de las mujeres a la riqueza de sus naciones, simplemente no está considerado y menos todavía contabilizado.

Una de las consecuencias de este orden social es la división sexual del trabajo. Se reconoce el rol activo y productivo de los trabajos femeninos en la familia como parte de la economía informal y de subsistencia, mientras que la sociedad en general se apropia del excedente que produce el trabajo de las mujeres, en cuanto sobretrabajo no retribuido equitativamente, pero necesario para su funcionamiento y desarrollo. La apropiación de la capacidad generativa de las mujeres constituye uno de los instrumentos claves para la conservación de la propiedad, en una perpetuación de regímenes sucesorios patriarcales. De ahí la importancia del reconocimiento constitucional de la dimensión productiva del trabajo doméstico no remunerado, pues la vigencia de esta norma ha creado un principio de exigibilidad para que se desarrollen mecanismos de cuantificación y se permita el acceso de las amas de casa —como se las conoce— a los beneficios de la seguridad social, entre otros.

Esta es una de las normas constitucionales más importantes; en cuanto marca una ruptura histórica, pues cambia siglos de subvaloración e invisibilización del trabajo doméstico no remunerado; por un reconocimiento expreso del aporte de las mujeres a la riqueza de los países y al sostenimiento económico de las familias. Según Yolanda Cabrera,⁵⁶ “el aporte del total de horas trabajadas por hombres y mujeres, sumado tanto el trabajo fuera del hogar, como el tiempo de trabajo no remunerado en el hogar de las mujeres (no se cuenta con información respecto a este tipo de trabajo realizado por hombres), correspondería el 70 por ciento de trabajo a las mujeres y el 30 por ciento a los hombres”.

A pesar de que el trabajo doméstico ha sido declarado como trabajo productivo en nuestra Constitución, las estadísticas continúan registrando a las mujeres ocupadas en estas tareas como “inactivas”. Una de las razones comúnmente esgrimidas para no cuantificar el valor económico de las actividades domésticas, ha sido el criterio de que al carecer estas de precio, su medición resulta difícil.

Al respecto, el Sistema de Cuentas Nacionales y la medición de la producción doméstica correspondientes a 1993,⁵⁷ recomiendan por primera vez que toda la producción de bienes en hogares para su propio consumo se in-

56. Yolanda Cabrera, “Género, gestión y políticas públicas”, tesis de posgrado, FLACSO, Quito, 1998.

57. *Situación de la Mujer en el mundo, tendencias y estadísticas*, Naciones Unidas, 1995.

cluya en la medición del producto económico, pero se sigue excluyendo la producción por cuenta propia de servicios, así como la atención de los niños, de los ancianos, y los trabajos de cocina y limpieza.

El PNUD ha considerado que el valor del trabajo no pago de la mujer, se simplifica si se supone que una hora de trabajo con utilidad de mercado y una hora de trabajo sin utilidad de mercado tienen el mismo valor.⁵⁸

OTRAS DISPOSICIONES RELACIONADAS

Art. 67. En el ámbito de la educación, el Estado deberá promover la equidad de género.

Art. 41. El Estado deberá formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a través de un organismo especializado que funcione en la forma en que determine la ley, incorporará el enfoque de género en los planes y programas y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

Esta última norma constituye el marco legal de existencia, permanencia y del rol institucional asumido por el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU).

Art. 81. Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.

Art. 254. En lo relativo al Sistema Nacional de Planificación, se señala que para la definición de los objetivos nacionales permanentes, se tendrán en cuenta las diversidades de edad, étnico-culturales, locales y regionales y se incorporará el enfoque de género.

REFLEXIÓN FINAL

Ahora, con la nueva Constitución queda para las mujeres y los hombres el reto de construir la igualdad real a partir de la diferencia y la diversidad, pero también emprender en un proceso de relectura de la realidad de las instituciones, de la democracia, en fin, como dice Carol Pateman:

58. Yolanda Cabrera, "Género, gestión y políticas públicas".

El error más grave de la teoría democrática contemporánea y del discurso de libertad, igualdad y consenso, así como del individuo, es la facilidad e indiferencia con la cual se excluye a las mujeres cuando se hace referencia al "individuo"... La lección que debemos aprender del pasado es que una teoría y una práctica "democráticas" que no sean al mismo tiempo feministas, servirán solamente para mantener las formas de dominación y, por consiguiente, serán solamente una burla de los ideales y valores que presuntamente encarna la democracia.⁵⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Amorós, Celia, *Tiempo de feminismo*, Colección Feminismos, Madrid, Ediciones Cátedra, 1997.
- Birgin, Haydée, "Acción pública y ciudadanía: políticas públicas para mujeres o derechos ciudadanos", en *Acción Pública y Sociedad*, Buenos Aires, CEADEL / Feminaria Editora, 1995.
- Birgin, Haydée; Cohen, Beatriz; Costa, Patricia; Harari, Sofía, comps., *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Buenos Aires, Colección Identidad, Mujer y Derecho, CEADEL, Editorial Biblos, 2000.
- Cabrera, Yolanda, "Género, gestión y políticas públicas", tesis de posgrado, FLACSO, Quito, 1998.
- Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, *Derechos sexuales y reproductivos*, New York, 1999.
- Centro Municipal de la mujer de Vicente López, *Mujeres en los 90, legislación y políticas públicas*, Buenos Aires, 1997.
- CEPAM, *Entre la sombra y la esperanza*, Quito, Corporación Utopía, 1998.
- CEPAM, Área Legal, *Mujer y Derecho Penal: memorias del taller de análisis del Código Penal ecuatoriano*, Quito, La Huella Impresores, 1991.
- Cheru, Fantu, "Efectos de los Programas de Ajuste Estructural y el Pleno Goce de los Derechos Humanos", informe UN Doc. E/CN.4/1999/50, 24 de febrero de 1999.
- Ciriza, Alejandra, "Democracia y ciudadanía de mujeres", en *Teoría y filosofía política, la tradición clásica y las nuevas fronteras*, Madrid, 1998, en: <http://www.clacso.org/wwwclacso/espanol/html/libros/filopol/filopol.html>.
- "Claves feministas para el poderío y la autonomía de las mujeres", inédito, s.l., s.f.

59. Citada por Marcela Rodríguez, "Igualdad, democracia y acciones positivas", en *Género y Derecho*, comp. Lorena Fries y Alda Facio, Santiago, LOM Ediciones / La Morada, 1999.

- Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, *Vientos del sur: huellas de las mujeres en la Conferencia de Viena*, Lima, 1993.
- *La muralla y el laberinto*, Lima, 1996.
- *Boletín informativo*, No. 1, Lima, 1999.
- Consejo Nacional de las Mujeres, *Acción positiva*, Memoria del Seminario Regional de “Mecanismos Gubernamentales de Género”, Quito, Indugraf, 1999.
- Cook, Rebeca, *Derechos Humanos de la mujer*, primera edición, Bogotá, PROFAMILIA, 1997.
- Cordero, Tatiana, *Posicionamiento de los derechos sexuales en el lanzamiento del Tribunal de las Mujeres por los Derechos Sexuales*, Quito, 1999. Corporación Promoción de la Mujer / Colectivo Feministas por la Autonomía
- Coria, Clara, *et al.*, *Las mujeres y el poder*, primera edición, San José, Editorial Mujeres, 1997.
- Crespo, Zaida, “Contextualización de la investigación cualitativa: ruta crítica de las mujeres mayores de 15 años afectadas por VIH”, en *Género, violencia y salud*, Quito, Edgar Isch, edit., Municipio del Distrito Metropolitano de Quito / UNFPA, 1998.
- Dagal, José Antonio, *La teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, México, Escuela de Filosofía, Universidad La Salle, Logos, 1998.
- Facio, Alda, *Cuando el género suena, cambios trae: metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD, 1992.
- *Cuando el género suena cambios trae*, tercera edición, San José, ILANUD, 1999.
- Falcón, Lidia, *et al.*, *Derechos Humanos de las mujeres*, Serie Mujer y Derechos Humanos, No. 6, Lima, Manuela Ramos / UNIFEM, 1998.
- Feministas por la Autonomía, documento de reflexión interna, Quito, 1999.
- Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, segunda edición, Madrid, Ediciones La Piqueta, 1980.
- *El nacimiento de la clínica*, octava edición, México, Siglo XXI Editores, 1981.
- *La verdad y las formas jurídicas*, México, Ediciones Gedisa, 1983.
- *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, décima primera edición, México, Siglo XXI Editores, 1985.
- *Historia de la sexualidad*, octava edición, México, Siglo XXI Editores, 1996.
- *El orden del discurso*, México, Ediciones Populares UNAM, s.f.
- Fries, Lorena, y Facio, Alda (edits.), *Género y Derecho*, Santiago, LOM ediciones, 1999.
- Fries, Lorena, y Matus, Verónica, *El Derecho: trama y conjura patriarcal*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.

- *La ley hace el delito*, Santiago, Colección Contraseña, estudios de género, 2000.
- Gajate, José, “Hegel y la dialéctica”, en *Historia de la Filosofía*, Bogotá, Editorial El Búho, 1995.
- Giddens, Anthony, *La transformación de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1992.
- González, Jesús, *et al.*, *Derechos Humanos de las mujeres*, Lima, Serie Mujer y Derechos Humanos, No. 2, Manuela Ramos / UNIFEM, 1996.
- Grau, Olga, *et al.*, *Discurso, género y poder*, Santiago, La Morada Arcis-Lom, 1997.
- IECAIM, *El maltrato a la niña en el Ecuador*, Quito, 1998.
- Jago, Catherine, *et al.*, *La mujer en los discursos de género*, Barcelona, Icaria, 1998.
- Ladi, María, *Derechos sexuales y reproductivos: los más humanos de todos los derechos*, Cali, ISEDER, 1996.
- Laqueur, Thomas, *La construcción del sexo*, Madrid, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, 1994.
- Larrea, Carlos, “Ajuste Estructural, Distribución del Ingreso y Empleo en el Ecuador”, traducción resumida del trabajo realizado por el autor en el Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Toronto.
- León, Magdalena, *Derechos sexuales y reproductivos*, Quito, FEDAEPS, 1999.
- Lima, María Eugenia, “Situación jurídica de la mujer en relación a la salud reproductiva y la maternidad sin riesgos”, ponencia para el Seminario Taller “Los retos de la salud reproductiva y de la maternidad sin riesgos en el Ecuador”, s.l., s.f.
- Mackinnon, Catherine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Colección Feminismos, Editorial Cátedra, 1998.
- McNeill, Pearl, *Las mujeres hablan del sexo*, Barcelona, Scarlett Press, 1995.
- Medina, Cecilia, ponencia presentada en el segundo curso sobre “Los Derechos Humanos de las Mujeres: fortaleciendo su promoción y protección internacional”, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- Moscoso, Gladys y De King Solís, Fabiola, *La sexualidad femenina en el Ecuador*, Quito, Editorial El Conejo, 1987.
- Muñoz, Mercedes, coord., *Los derechos sexuales y reproductivos en la Constitución venezolana*, Caracas, Red Pob-FNUAP, 2001.
- Olsen, Frances E., “Feminism and critical legal theory”, en *Feminist legal theory*, vol. I, s.l., New York University Press, 1995.
- Orellana, Beatriz, *La Justicia Presa*, Cuenca, CEPAM / USAID, 2000.
- Organización de las Naciones Unidas, *Situación de la Mujer en el mundo, tendencias y estadísticas*, 1995.

- Osborne, Raquel, *La construcción sexual de la realidad*, Madrid, Colección Feminismos, Editorial Cátedra, 1993.
- Pateman, Carol, *El contrato sexual*, México, Anthropos & UAM, 1998.
- Pesántez, Irene, ponencia “Violencia de género: consecuencia de la intolerancia a la diferencia”, seminario regional de “Mecanismos gubernamentales de género”, Quito, 1999.
- Phillips, Anne, *Género y teoría democrática*, México, Instituto de Investigaciones Sociales y Programa Universitario de Estudios de Género de la UNAM, 1996.
- Puleo, Alicia, *Dialéctica de la sexualidad*, Madrid, Colección Feminismos, Editorial Cátedra, 1992.
- Reyes, Natacha, *Hombres públicos, mujeres privadas (Género, democracia y ética ciudadana)*, Quito, Eskeletra, 1999.
- Rodríguez, Lilia, *Género y desarrollo*, Quito, CEPAM, 1993.
- Rodríguez, Marcela, “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Lorena Fries y Alda Facio, comps., *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones / La Morada, 1999.
- Rodríguez, Marcela, edit., *Mujeres en los 90: legislación y políticas públicas*, Buenos Aires, Centro Municipal de la Mujer de Vicente López, 1997.
- Rosero, Rocío; Vela, María Pilar, y Reyes Ávila, Ariadna, *De las demandas a los derechos: las mujeres en la Constitución de 1998*, Quito, Foro Permanente de la Mujer Ecuatoriana / CONAMU / Embajada Real de los Países Bajos, 2000.
- Ruiz, Alicia, “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Haydée Birgin, Beatriz Cohen, Patricia Costa, Sofía Harari, comps., *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires, Colección Identidad, Mujer y Derecho, CEADEL, Editorial Biblos, 2000.
- Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1994.
- Saltzman, Janet, *Equidad y género*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1992.
- Schuller, Margaret, comp., *Poder y Derecho*, Washington, OEF International, 1987.
- Tamayo, Giulia y García Ríos, José María, *Mujer y varón: vida cotidiana, violencia y justicia*, Lima, Ediciones Raíces y Alas, 1990.
- Valladares Tayupanta, Lola, *Aprendiendo de nuestras luchas para defender nuestros derechos*, Quito, Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, 2003.
- “Derechos sexuales”, en *Serías para el debate*, No. 2, Lima, CLADEM, 2003.
- “Entre discursos e imaginarios: los derechos de las mujeres ecuatorianas en el debate de la Asamblea Nacional de 1998”, tesis de maestría, Quito, FLACSO, 2003.
- Valladares Tayupanta, Lola y Vásquez, Elizabeth, “Documento de sustento para la resolución de orientación sexual y derechos humanos”, inédito, Quito, 2004.

- Vance, Carol (comp.), “El placer y el peligro: hacia una política de la sexualidad”, en *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*, Madrid, Ed. Revolución, 1989.
- Vásquez, Elizabeth, “La identidad de género como criterio en la determinación del sexo civil”, tesis doctoral, Quito, PUCE, 2003.
- Vásquez, Roxana, edit., “Vigiladas y castigadas”, memorias del seminario regional “Normatividad penal y mujer en América Latina y el Caribe”, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, 1993.
- *Cumbres, consensos y después*, Memorias del Seminario Regional “Los Derechos Humanos de las mujeres en las conferencias mundiales”, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los derechos de la mujer, 1996.
- Vásquez, Roxana, y Tamayo, Giulia, *Violencia y legalidad*, Lima, CONCYTEC, 1989.
- Weeks, Jeffrey, *Sexualidad*, México, Paidós, 1988.
- Violencia Intrafamiliar y de Género*, Guía de Prevención y Atención para Proveedores/as de Salud, OPS/OMS/MSP, Quito, 2001.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Instrumento para comprender el fenómeno indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

*José Luis Nieto Espinosa***

Este artículo estudia el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como un intento de comprensión del fenómeno indígena en el contexto latinoamericano, imbuido de los caracteres de universalidad e individualidad de los derechos humanos, en el que se refleja la predisposición de los órganos del Sistema Interamericano para incentivar un diálogo intercultural, en el que, los derechos individuales convivan con los colectivos, procurando que en esta simultaneidad, los conflictos entre ambas filosofías se reduzcan. Este trabajo trata fundamentalmente cuatro temas: I) la eventual obligatoriedad de este Proyecto; II) la futura personalidad jurídica de los pueblos indígenas; III) el tratamiento jurídico de la interacción entre derechos individuales y colectivos en el contexto indígena cuando el Proyecto sea aprobado como Declaración definitiva; y, IV) el ejercicio grupal o individual del derecho de petición internacional de los pueblos indígenas. La referencia a la actual jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos brindará luces para anticiparnos, por así decirlo, a la inauguración de este próximo instrumento internacional.

FORO

* La versión definitiva del Proyecto consta en la página web de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, www.cidh.org.

** Especialista en Derechos Humanos.

LA FUTURA DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹ COMO UN MECANISMO JURÍDICO DE INCLUSIÓN DE CONCEPTOS INDÍGENAS EN UN SISTEMA OCCIDENTAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Uno de los temas fundamentales del *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* tiene que ver con los posibles efectos vinculantes de este instrumento cuando sea aprobado definitivamente como Declaración, lo que traerá importantes consecuencias a la hora de considerar las cosmovisiones indígenas en las violaciones de los derechos humanos de los indios. Para esto, es imperioso referirse a lo sucedido con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y la *Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre*.

Thomas Buergenthal, respecto de la Declaración Universal, manifiesta que “pocos abogados internacionalistas negarían que la declaración es un instrumento normativo que al menos crea algunas obligaciones legales para

1. Revisemos los antecedentes y el contenido del *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. En 1989, la Asamblea General ordenó la redacción de un instrumento para la protección de los derechos indígenas y en 1992 la Comisión Interamericana solicitó informaciones al respecto a los gobiernos, a organizaciones indígenas y a organismos intergubernamentales. Con estos antecedentes se redactó un borrador preliminar. Después de varias revisiones se dio a conocer un proyecto oficial de Declaración en 1995. Los pueblos indígenas consideraron el proyecto como inadecuado. Luego, en 1997 se dio a conocer el Proyecto como Propuesta de Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que recibió una crítica del Comité Jurídico Interamericano en el sentido de que debía suplantarse la palabra “pueblos” por “poblaciones”, y que debía tratarse el tema de los marrones y otros pueblos tribales en un documento por separado. Una reunión de expertos fue llevada a cabo en Washington en febrero de 1999, sin que dichos expertos tomaran en cuenta los comentarios del Comité. El preámbulo del documento reconoce algunos propósitos vinculados a la problemática indígena: el fortalecimiento de las instituciones indígenas; el derecho al desarrollo; el respeto al medio ambiente; la eliminación de la discriminación racial; el reconocimiento de las formas tradicionales de la adquisición del dominio de las tierras; el respeto de las áreas indígenas; la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos; el goce de los derechos colectivos; y, los avances constitucionales, legales y jurisprudenciales en la materia. El articulado del Proyecto de la Declaración tiene seis secciones correspondientes a: los pueblos indígenas como tales; los derechos humanos; desarrollo cultural; derechos organizativos y políticos; derechos sociales, económicos y de propiedad; y, provisiones generales. En la primera sección (pueblos indígenas) se explica el ámbito de aplicación del Proyecto de la Declaración. Así, según el artículo 1.1 de este instrumento, se aplica “a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones, sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo estatus jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales”. Según esta disposición, la futura Declaración “también se aplicaría a los pueblos tribales, tales como los Marrones en las Guyanas y Jamaica, los Afroecuatorianos, los Quilombos en Brasil y los Cimarrones en Colombia”. En la sección segunda

los estados miembros de las Naciones Unidas”,² y sobre la obligatoriedad de este instrumento expone tres teorías. Una primera consiste en que la Declaración es una interpretación autorizada de la *Carta de las Naciones Unidas*. Una segunda, afirma que la aplicación continua de la Declaración Universal ha generado una práctica estatal que se ha convertido en derecho consuetudinario. Una última, dice que la Declaración Universal es el reflejo dinámico de los principios generales del derecho.³

Por su parte, la Corte Interamericana, sobre el valor jurídico de la Declaración Americana, ha emitido la siguiente opinión:

Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [la Carta de la Organización de Estados Americanos] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.⁴

(derechos humanos), aparte de reconocer los instrumentos regionales de los derechos humanos, consagra los derechos colectivos de los pueblos indígenas indispensables para su actuar colectivo y el ejercicio de sus derechos culturales, la práctica de sus creencias espirituales y el uso de sus lenguas. Concomitante a esto, se reconoce el derecho de personas y comunidades indígenas a pertenecer a los pueblos indígenas, la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, el rechazo a la asimilación cultural y la provisión de garantías especiales contra la discriminación. La sección tercera (desarrollo cultural) consagra el derecho a la integridad cultural; el derecho a su lengua, filosofía y concepciones lógicas; el derecho a la educación; la libertad espiritual y religiosa; el derecho a la protección de la familia; la protección de medicinas tradicionales y salud; la protección al medio ambiente. En la sección cuarta (derechos organizativos y políticos) se consagran los derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y de pensamiento; el derecho al autogobierno; el reconocimiento del derecho y organización indígenas como parte del ordenamiento jurídico interno. En la sección quinta (derechos económicos, sociales y de propiedad) se reconocen las formas tradicionales de propiedad sobre tierras y la intelectual, así como la protección de los derechos laborales y el derecho al desarrollo. En la última sección (provisiones generales) se reconocen la aplicación de tratados, actos, acuerdos y otros arreglos constructivos; la interpretación favorable a los pueblos indígenas; la no contradicción de la futura Declaración con los propósitos y principios de la Carta de la OEA; y, la aplicación del documento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Indigenista Interamericano.

2. Thomas Buergethal, “Declaración Universal de los Derechos Humanos: efecto jurídico e importancia política”, en *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos: Guía para la Aplicación de Normas Internacionales en el Derecho Interno*, Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Martín (coords.), Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, p. 31.
3. *Ibid.*, pp. 31-33.
4. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A, No. 10, párr. 43.

Más concretamente la Corte dijo: “La Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.⁵

También afirmó que: “hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d, no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA”.⁶ Por último concluyó: “La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”.⁷

Para sustentar la eventual obligatoriedad de la futura *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, las tesis más adecuadas serían, por una parte, la que dice relación con la Declaración como interpretación autorizada de la Carta de la OEA, pero también de la *Carta Interamericana de Garantías Sociales*, que en los artículos 38 y 39 obliga a tomar medidas para amparar a la población aborígen⁸ y, por otra parte, la

5. *Ibid.*, párr. 45.

6. *Ibid.*, párr. 46.

7. *Ibid.*, párr. 47.

8. Artículo 38. Los trabajadores rurales o campesinos tienen derecho a que se les garantice el mejoramiento de su actual nivel de vida, se les proporcionen adecuadas condiciones de higiene y se les organice, tanto a ellos como a sus familias, una asistencia social eficaz.

El Estado realizará una acción planificada y sistemática encaminada a racionalizar la explotación agropecuaria, a organizar y distribuir el crédito, a mejorar las condiciones de vida del medio rural y a la progresiva emancipación económica y social de la población campesina.

La Ley determinará las condiciones técnicas y las demás acordes con el interés nacional de cada Estado, mediante las cuales hará efectivo y eficaz el ejercicio del derecho que el Estado reconoce a las asociaciones de campesinos y a los individuos aptos para el trabajo agrícola y pecuario y que carezcan de tierras o no las posean en cantidad suficiente, a ser dotados de ellas y de los medios necesarios para hacerlas producir.

Artículo 39. En los países en donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

que se fundamenta en el artículo 29.d de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir o limitar el efecto que puedan producir la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Uno de estos actos internacionales constituirá la futura *Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*.

Estas dos tesis sustentadoras de la obligatoriedad de la futura Declaración indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden resumirse en lo que expresó la Corte respecto de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*: “no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana (...) sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el Sistema Interamericano”,⁹ precepto jurisprudencial no alejado del criterio de Fergus Mackay, quien parte de dos clases de valoración jurídica del Proyecto de Declaración:

- a) Si analizamos el valor intrínseco de la Declaración, Mackay dice que ésta no tendrá efectos vinculantes y solo hará recomendaciones, sin obligar a los estados miembros de la OEA a adoptar políticas o acciones con respecto a los pueblos indígenas.¹⁰
- b) Si nos referimos al valor extrínseco de la Declaración, es decir en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para Mackay: “el proyecto de Declaración no puede por sí solo ser la base del reclamo; este tiene que estar de alguna manera referido a alguna de las violaciones contempladas en la Convención Americana o en la Declaración Americana”.¹¹

Sobre esta última valoración se debe advertir que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que ella y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son competentes para conocer violaciones que atañen solamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exceptuándose de este caso las convenciones que explícitamente prevén que dichos órganos tramiten violaciones atinentes a esas convencio-

9. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A, No. 10, párr. 37.

10. Fergus Mackay, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima, APRO-DEH/FIDH, 1999, p. 182.

11. *Ibid.*, p. 182.

nes.¹² Sin embargo, la futura Declaración será un importante instrumento de interpretación que ampliará el campo de aplicación de cada una de las disposiciones de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en virtud de que ésta, conforme al artículo 29, no puede ser interpretada en el sentido de excluir los efectos que tenga una declaración en la que es parte un Estado, interacción normativa que está avalizada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹³

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: TEMA QUE SE SOLUCIONA EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Acercas del artículo IV del Proyecto de Declaración, que establece que: “los pueblos indígenas tienen derecho a que los Estados dentro de sus sistemas legales, les reconozcan plena personalidad jurídica”, es necesario precisar algunas preocupaciones sobre el tratamiento práctico que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha dado a entes con personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, considerando las consecuencias de este tratamiento en el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas. Estas inquietudes surgen del hecho de que frente a la disposición citada existe el artículo 1.2 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, que aparentemente, impediría a la Comisión o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos conocer de casos relacionados con la conculcación de derechos fundamentales a personas jurídicas, en razón de que

12. Corte IDH, *Caso Las Palmeras, Excepciones Preliminares*, sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C, No. 66, párrs. 33 y 34. En el caso se discutía la posible aplicación, por parte de la Comisión y de la Corte, de las Convenciones de Ginebra atinentes al Derecho Internacional Humanitario. El Estado de Colombia propuso como excepciones preliminares la incompetencia en razón de la materia de ambos órganos, y fueron admitidas por la Corte.

13. “No existe ningún texto convencional actualmente en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo se deben tomar en consideración los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992, así como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 9 de junio de 1994. A pesar de que esta última todavía no está en vigor para Guatemala, estos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia, instrumentos que se pueden invocar con fundamento en el artículo 29.(d) de la Convención Americana. Según esta disposición, no se puede interpretar ninguno de los preceptos de dicha Convención en el sentido de *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*”, Corte IDH, *Caso Blake, Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996, Serie C, párr. 36.

éste señala que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

A base de esta norma convencional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha declarado inadmisibles peticiones por las cuales se alegaba que una persona jurídica era víctima de una violación de derechos humanos, amparada en el argumento de que la norma contenida en el artículo 1.2 de la Convención Americana se refiere al ser humano, como se desprende de la siguiente cita:

La Comisión considera que la Convención otorga su protección a las personas físicas o naturales, excluyendo de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas o ideales, por cuanto estas son ficciones jurídicas sin existencia real en el orden material. Además, la Comisión consideró que en la petición no se ha alegado que uno o varios de los accionistas han sido víctimas de una violación de sus derechos fundamentales.¹⁴

En otro caso tramitado por la Comisión Interamericana, Bernard Merens y su familia admitieron que habían agotado los recursos de la legislación argentina como una persona jurídica comercial y no como un grupo de personas, por lo que la Comisión declaró el caso inadmisibile argumentando que ella: “ha establecido en su constante e invariable jurisprudencia sobre la inadmisibilidad de peticiones interpuestas por personas jurídicas empresariales bajo la condición de víctimas directas, donde el agotamiento de los recursos internos fue realizado por éstas y no por las personas naturales que se presentan como peticionarios ante la Comisión”.¹⁵

La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es criticable, pues es absurdo pedir que los peticionarios agoten los recursos internos como individuos (miembros de una empresa), cuando el mismo ordenamiento legal interno les exige comparecer judicialmente como persona jurídica y no como miembros de ella.

La inadmisibilidad de estos casos se encuadra dentro del ejercicio de la

14. Comisión IDH, *Informe No. 39/99. Mevopal S.A.*, 11 de marzo de 1999, párr. 17 y 19. En este caso se alegaba la violación de los derechos atinentes al debido proceso legal, a la propiedad y a la igualdad. La empresa había celebrado tres contratos de locación de obra con la Provincia de Buenos Aires, la cual, según el peticionario, los incumplió, ocasionando la pérdida del capital de trabajo.

15. Comisión IDH, *Informe No. 103/99. Bernard Merens y Familia*, 27 de septiembre de 1999, párr. 15. En este caso se alegaba la violación de los artículos 8 y 25 (debido proceso legal y protección judicial, respectivamente). Los peticionarios alegaban ser víctimas de denegación de justicia debido a un prolongado litigio judicial referente al monto de indemnización por concepto de expropiación promovida por la Provincia de Formosa en contra de la empresa familiar GINU S.C.A.

competencia convencional de la Comisión, es decir, la referida a la sustanciación de peticiones conocidas en el marco de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

No obstante, cuando las denuncias se han encasillado dentro de la competencia estatutaria de la Comisión, esto es, cuando los peticionarios han alegado violaciones a una o más normas de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la Comisión ha admitido los casos y resuelto que las personas jurídicas como tales, implicadas en ellos han sido víctimas de una violación de sus derechos fundamentales contemplados en la Declaración.

Así, en el caso *ABC Color*, la Comisión Interamericana consideró que ella era competente para conocer una denuncia relacionada con el cierre del Diario ABC Color y decidió que se había violado, contra ABC Color, y no contra sus miembros, los derechos de libertad de expresión y debido proceso, consagrados en la *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*.¹⁶

Igual situación se presentó en el caso *Testigos de Jehová*, en el cual la Comisión determinó que se habían violado los derechos de libertad de religión y el derecho de asociación (establecidos también en la Declaración) de la entidad Testigos de Jehová y no de sus miembros.¹⁷

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su más reciente jurisprudencia sobre el tema ha expresado, refiriéndose al criterio de la Comisión Interamericana respecto de las peticiones denegadas a base del artículo 1.2 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*:

Según este criterio, una sociedad civil o comercial que sufriera una violación de sus derechos reconocidos por la Constitución de su país, como la inviolabilidad de la defensa en juicio o la intervención de la correspondencia, no podría invocar el artículo 25 de la Convención por ser precisamente una persona jurídica. Ejemplos semejantes podrían ser mencionados respecto de los artículos 10 y 24 de la Convención, entre otros.¹⁸

Asimismo, sobre las consecuencias del criterio de la Comisión en el ejercicio del derecho de propiedad, la Corte consideró que:

16. Comisión IDH, *Informe No. 6/84, ABC Color*, 17 de mayo de 1984.

17. Comisión IDH, *Testigos de Jehová*, 18 de noviembre de 1978.

18. Corte IDH, *Sentencia de Fondo. Cantos vs. Argentina*, 7 de septiembre de 2001, párr. 24.

si un hacendado adquiere una máquina cosechadora para trabajar su campo y el gobierno se la confisca, tendrá el amparo del artículo 21. Pero, si en lugar de un hacendado, se trata de dos agricultores de escasos recursos que forman una sociedad para comprar la misma cosechadora, y el gobierno se la confisca, ellos no podrán invocar la Convención Americana porque la cosechadora en cuestión sería propiedad de una sociedad. Ahora bien, si los agricultores del ejemplo, en vez de constituir una sociedad, compraran la cosechadora en copropiedad, la Convención podría ampararlos porque según un principio que se remonta al derecho romano, la copropiedad no constituye nunca una persona ideal.¹⁹

La Corte estableció como premisa final que:

si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas.²⁰

Con fundamento en esta afirmación, la Corte concluye que para acceder a la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario haber agotado los recursos de la legislación interna como una persona natural por sus propios derechos.²¹

La problemática planteada a través de las decisiones de la Comisión y la Corte, podría tener repercusiones en la personalidad jurídica que tengan los pueblos indígenas en el futuro, lo cual debe ser solucionado desde ya. Por ello, la interpretación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, deberá realizarse a la luz de la futura *Declaración Americana sobre los*

19. *Ibid.*, párr. 25.

20. *Ibid.*, párr. 29.

21. "En el caso *sub judice* se ha comprobado en el expediente judicial C-1099 tramitado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que todos los recursos administrativos y judiciales, salvo una denuncia penal y un amparo interpuestos en 1972, al inicio de los hechos denunciados, fueron presentados directamente por 'derecho propio y en nombre de sus empresas' por el señor Cantos. En razón de ello la supuesta violación de los derechos de la Convención del señor Cantos podrá ser analizado por este Tribunal en la etapa de fondo correspondiente", Corte IDH, *ibid.*, párr. 30.

Derechos de los Pueblos Indígenas, ya que, conforme al artículo 29.d. de la Convención, esta Declaración tendría la misma naturaleza que la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, y esta interpretación deberá considerar lo siguiente, a fin de que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no incurran en denegación de justicia:

- i) No es explicable un tratamiento distinto de las personas jurídicas que aleguen ser víctimas de una violación de los derechos fundamentales consagrados en la Convención que los entes que aleguen una violación de los derechos establecidos en la Declaración.
- ii) Si bien las personas jurídicas son una especie de ficción (lo cual también puede ser discutible), no cabe duda que dicha ficción jurídica es un instrumento para facilitar las relaciones sociales y jurídicas y que, por consiguiente, los seres humanos son los beneficiarios de dichas ficciones.
- iii) Aunque opinamos que la personalidad jurídica de los pueblos indígenas puede no ser necesaria, dado el relativo avance jurisprudencial de la Comisión Interamericana sobre la materia, que permitiría, sin el favor de la futura Declaración Indígena, a los pueblos indígenas comparecer como tales ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, no se puede soslayar la opinión de Fergus Mackay en el sentido de que la personalidad jurídica podría beneficiar a los pueblos indígenas, pues “esto supone que las comunidades indígenas [...] tienen categoría legal para actuar ante sus miembros en defensa de sus derechos, resolver acuerdos legales con extranjeros, y en otras transacciones legales que anteriormente estaban solo disponibles a individuos, en la mayoría de casos”.²²
- iv) Pese a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado que los individuos que conforman una persona jurídica pueden acudir al Sistema Interamericano para presentar una denuncia por violación de sus derechos fundamentales, no es pertinente que el derecho de petición interamericano esté condicionado al agotamiento de recursos internos por parte de las personas naturales que componen el ente jurídico, cuando éste es el que, por imposición de la legislación nacional, debe presentar las acciones judiciales en la vía interna.²³

22. Fergus Mackay, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, p. 170.

23. “Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo No. 1 a la Convención Europea

INDIOS: ¿SUJETOS COLECTIVOS CON DERECHOS HUMANOS COLECTIVOS?

El artículo II del *Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Indígenas* dice:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.

2. Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros. En ese sentido los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas *inter alia* a su actuar colectivo, a sus propias culturas, de profesar y practicar sus creencias espirituales y de usar sus lenguas.

3. Los Estados asegurarán el pleno goce de sus derechos a todos los pueblos indígenas, y con arreglo a sus procedimientos constitucionales, adoptarán las medidas legislativas y de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

Sobre este artículo, debemos preguntarnos: i) ¿De qué está hablando la disposición en referencia, de derechos humanos individuales o colectivos?; ii) ¿Qué debemos entender por “pueblo” en el marco del Proyecto?; y, iii)

de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas.

En el caso *sub judice* se ha comprobado en el expediente judicial C-1099 tramitado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que todos los recursos administrativos y judiciales, salvo una denuncia penal y un amparo interpuestos en 1972, al inicio de los hechos denunciados, fueron presentados directamente por ‘derecho propio y en nombre de sus empresas’ por el señor Cantos. En razón de ello la supuesta violación de los derechos de la Convención del señor Cantos podrá ser analizado por este Tribunal en la etapa de fondo correspondiente, en los términos de los párrafos 40 y 41”, Corte IDH, *caso Cantos vs. Argentina, Excepciones Preliminares*, sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 29 y 30.

¿Es importante el concepto de pueblo para reivindicar los derechos de los indios? La jurisprudencia actual será de ayuda para visualizar estos temas en el futuro, cuando el Proyecto sea definitivamente aprobado como Declaración.

En cuanto a la primera cuestión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que los derechos consagrados en este Proyecto de Declaración “tienen como sujeto de los mismos a las comunidades indígenas” y “se refieren a las condiciones jurídicas colectivas de las mismas, y pueden ser reivindicados según el caso sea por los individuos, sea por las autoridades representativas en nombre de la comunidad”.²⁴

La reflexión de la Comisión sintetiza la jurisprudencia de ella y de la Corte Interamericana que en unos casos han otorgado la protección jurídica a unos miembros individuales de una comunidad y en otros la ha dado a la colectividad en su conjunto. Esto es lo que Freeman denomina la *contingencia de los derechos colectivos*, cuando por ciertas circunstancias es mejor tratar una situación individualmente, y cuando dadas otras circunstancias resulta aconsejable analizar la situación de grupo.²⁵

Así, en el caso de la Tribu Aché la Comisión conoció el asesinato de indígenas, venta de niños, falta de atención médica, malos tratos y genocidio cultural, y resolvió que tales hechos constituyen gravísimas violaciones al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona, a la protección familiar, a la preservación de la salud, a la justa remuneración y al derecho al descanso, por lo que recomendó al gobierno *adoptar medidas enérgicas para proteger de manera efectiva los derechos de la tribu Aché*. Como dice Dulitzki, la Comisión “en todo momento se refiere a la tribu Aché en su conjunto pero no menciona si considera que ha existido una violación de derechos colectivos o de cada uno de los miembros de la tribu”.²⁶ El mismo autor dice algo muy interesante: “Si bien por el tipo de he-

24. Comisión IDH, *La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, Washington, 2000, p. 126.

25. “Las condiciones bajo las que los derechos humanos colectivos deben ser reconocidos son contingentes, varían. Así, los intereses de los miembros individuales de unos grupos étnicos pueden ser protegidos por medio de sus derechos individuales. Pero en otras circunstancias los intereses de las poblaciones indígenas o de las minorías de inmigrantes pueden requerir la protección de los derechos colectivos, como puede ser el derecho a los bienes culturales colectivos”, en Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, p. 109.

26. Ariel Dulitzki, “Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 26, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997, p. 140.

chos que se trataban en este caso, era posible individualizar a cada víctima, en otros casos puede resultar indispensable establecer que una comunidad en su conjunto puede denunciar la violación de sus derechos y el de cada individuo en particular”.²⁷

En otro caso, en cambio, analizó la situación de un indígena reclutado forzosamente para el servicio militar, aunque sin desvincularlo de su contexto.²⁸ Por otra parte, la Comisión Interamericana ha analizado situaciones de violación de derechos humanos indígenas de ciertos individuos y sin perder de vista el tratamiento individual ha decidido la necesidad de repararlos en su conjunto como comunidad, pues la metodología de la violación de los derechos humanos individuales se la había hecho con el objeto de amedrentar a los restantes miembros del grupo.²⁹

27. *Ibid.*, p. 140.

28. Comisión IDH, *Informe No. 36/93. caso 10975 (Guatemala)*, 6 de octubre de 1993.

29. Este caso conocido como la Masacre de Caloto, evoca un trágico capítulo inmerso en la historia de violencia que enfrenta la nación colombiana. El conflicto surgió como consecuencia de la compra, por parte de una compañía colombiana, de unas tierras que habían sido ocupadas durante cuatro años por indígenas pertenecientes a la Comunidad de Páez al Norte del Cauca. Los representantes de la compañía mencionada habían convocado a una reunión con los representantes indígenas de esa comunidad a fin de llegar a un acuerdo. Una vez reunidos, entraron al lugar donde se llevó a cabo la sesión varios civiles y policías para efectuar la masacre de la que resultaron veinte personas asesinadas y un herido. Como consecuencia de estos actos y tras haber agotado la jurisdicción interna, los peticionarios alegaron la violación de los derechos a la vida (artículo 4), integridad personal (artículo 5), así como violaciones al debido proceso legal y protección judicial (artículos 8 y 25, respectivamente) consagrados en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en vista de que el Estado actuó de tal manera que favoreció la impunidad de los autores de la masacre. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó un aporte muy significativo en lo que respecta a la defensa de los derechos civiles de los indígenas (especialmente el derecho a la vida), pues a través del contexto social de violencia, y la interpretación de la Convención Americana en el contexto del sistema interamericano, analizó la situación de la Comunidad de Páez del norte del Cauca en su conjunto, mas no como miembros individuales de dicha comunidad, sin prescindir, por tanto, de la interpretación de la Convención Americana, en concordancia con la *Carta de Garantías Sociales*, el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo y una resolución de la misma Comisión relativa a la protección especial de los pueblos indígenas. Por la importancia del asunto, se transcribe a continuación el ilustrado razonamiento de la Comisión en relación al derecho a la vida: “El artículo 4 (1) establece que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente. Esta obligación del Estado debe ser interpretada a la luz de su deber de brindar especial protección a las comunidades indígenas y tribales que habitan bajo su jurisdicción (...). Las motivaciones de la masacre (desalojar a los indígenas del predio en el cual habitaban conforme a derecho) y la metodología conforme a la cual fue ejecutada (la identificación y ejecución de líderes de la comunidad con la clara intención de amedrentar al resto de sus miembros) constituyen una gravísima violación a las obligaciones internacionales del Estado conforme al artículo 4 de la Convención Americana a la luz de los estándares vigentes sobre protección especial”.

Esta resolución fue el reflejo de las recomendaciones realizadas por el Comité de Impulso para la Administración de Justicia, creado en virtud de un procedimiento de solución amistosa que no fue

En relación a la segunda y tercera cuestiones, el Proyecto de Declaración utiliza la expresión pueblo de la siguiente manera:

1. Esta Declaración se aplica a los pueblos indígenas, así como a los pueblos cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional, y cuyo status jurídico es regulado en todo o en parte por sus propias costumbres o tradiciones o por regulaciones o leyes especiales.

2. La autoidentificación como indígena deberá considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de la presente Declaración.

3. La utilización del término “pueblos” en esta Declaración no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional.

Sin embargo, es preciso reconocer que la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha sabido abordar la temática indígena sin necesidad de recurrir a un concepto, llámese éste pueblo, población, tribu, grupo, etnia, etc., por lo que el comportamiento jurisprudencial de los órganos del Sistema ha sido coherente con la situación concreta de cada caso, otorgando la protección según la situación, a la colectividad o a determinados individuos que pertenecen a ella.

Un ejemplo de protección a toda una colectividad, sin necesidad de recurrir al concepto de pueblo, es el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni a la que se conculcó el derecho a la propiedad colectiva de la tierra. Los hechos del caso, atinentes a esta comunidad indígena de Nicara-

umplido cabalmente por el Estado colombiano. Una de las recomendaciones es resumida por la Comisión Interamericana:

“En un plano general, las recomendaciones del Comité se centran en la problemática indígena de la zona. En ese sentido, el Comité concluyó que la masacre de Caloto afectó al conjunto de la comunidad indígena Páez del norte del Cauca, y que las medidas a adoptarse con relación al caso deben tener en cuenta las pretensiones y reivindicaciones planteadas por esta comunidad (...). Las recomendaciones del Comité señalan que el Estado debe atender a la obligación de protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, cuyo primer derecho, el derecho a la vida, debe entenderse en términos colectivos, como el derecho a la reproducción étnica y cultural, el derecho al territorio y el derecho a la autodeterminación”.

El estudio del Comité facilitó que la Comisión ordenara no solo la indemnización a los familiares de las víctimas sino también la reparación social de la comunidad en su conjunto, análisis que impide a reflexionar que circunstancias tales como las motivaciones o el mismo contexto social en que se desarrollan ciertas violaciones de derechos civiles, obligan a los organismos internacionales de supervisión de los derechos fundamentales, a realizar un estudio integral de los pueblos indígenas en su totalidad, pese a que las violaciones involucran violaciones de derechos civiles.

gua, se relacionan con la falta de demarcación, por parte del gobierno, de la tierra en que seiscientas personas pertenecientes a esta comunidad habitaban. La falta de delimitación de las tierras ocasionó que se otorgaran concesiones de carácter forestal dentro del territorio que los indígenas consideraban como suyo. La Corte decidió que se había violado el derecho a la protección judicial, consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana,³⁰ en virtud de que el Estado de Nicaragua no había tomado las medidas necesarias para delimitar, demarcar y titular las tierras de la comunidad. También consideró que el artículo 25 fue violado, porque los recursos de amparo interpuestos por la comunidad para impedir el proceso de concesión de su territorio no fueron efectivos. La Corte además resolvió que se había quebrantado el artículo 21 de la Convención, que protege el derecho a la propiedad, en el sentido de que la falta de delimitación, demarcación y titulación de las tierras comunales producía una situación permanente de incertidumbre, pues impide conocer con claridad los límites de la propiedad comunal. Por ello ordenó al Estado que se abstenga de realizar cualquier acto que atente de cualquier manera a estos territorios, hasta que sean totalmente delimitados. Cabe destacar que, entre otras formas de reparación, la Corte ordenó al Estado de Nicaragua pagar una indemnización de 50 000 USD para reparar el daño inmaterial, debiendo dicha suma invertirse en obras de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awás Tingni. También hay que resaltar que en varios párrafos de esta sentencia, la Corte determinó que los artículos 25 y 21 fueron violados en perjuicio de los *miembros* de la comunidad.³¹

Como puede observarse, en unas ocasiones, la Corte Interamericana se refirió a la comunidad como personas miembros individuales de la misma, y en otras, como un conjunto o un todo de personas, pero en términos prácticos, la repercusión de la sentencia fue de carácter colectivo, pues la cuestión fue planteada desde el punto de vista de la tenencia colectiva de la tierra y su invaluable relación con el derecho consuetudinario de la co-

30. En relación con la protección judicial, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

Protección Judicial

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

31. Véase, Corte IDH, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

munidad, sus valores y su cosmovisión. No cabe duda que estos factores nos hacen pensar que la Corte se inclinó a considerar a la comunidad como un todo, sin necesidad de individualizar los miembros que pertenecen a ella.

A fin de abordar la problemática indígena, la Comisión y la Corte han tenido que acudir a otros instrumentos como el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, al artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y a la *Carta Interamericana de Garantías Sociales*,³² pues dichas normas contienen referencias más o menos específicas a la problemática indígena, sin olvidar, por su puesto, la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, relacionada con la protección especial de los pueblos indígenas,³³ sin que la utilización de estos mecanismos haya requerido del concepto de pueblo u otro. Por ejemplo, el artículo 27 ha sido aplicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso los *Miskitos de Nicaragua*, ya que dicho Estado es parte en el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. El razonamiento de la Comisión para aplicar este tratado fue el siguiente:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo, solo garantiza derechos individuales (...); sin embargo, la misma Convención señala que las disposiciones de dicha Convención no pueden interpretarse en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.³⁴

EL DERECHO DE PETICIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, ¿DE GRUPOS O DE INDIVIDUOS?

Para conocer si la legitimación activa de los indígenas debe implementarse de manera individual o colectiva, es necesario enmarcar esta institu-

32. Al respecto, véase, Comisión IDH, *Informe No. 36/00, caso 11101. Masacre Caloto contra Colombia*, 13 de abril de 2000. El caso está resumido en la nota de pie de página No. 29.

33. Comisión IDH, *Resolución sobre la protección especial de los pueblos indígenas*, OEA/Ser.L/V/II.29, doc 38, rev. (1972).

34. Véase, Comisión IDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*, 29 de noviembre de 1983. Este documento puede encontrarse en la Biblioteca de la Organización de Estados Americanos o en la página web: <http://www.cidh.org>.

ción procesal en el derecho de petición consagrado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El derecho de petición individual a nivel interamericano está consagrado en el artículo 44 de la Convención de la siguiente forma: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de derechos de esta Convención por un Estado parte".

Es preciso hacer tres comentarios al respecto. Primero, la futura *Declaración de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas* no podrá por sí misma sustentar una reclamación internacional, por lo que, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, los peticionarios deberán usar esta Declaración como fuente de interpretación de la *Convención Americana de Derechos Humanos* o de los otros tratados interamericanos de derechos humanos que otorguen competencias contenciosas o cuasi contenciosas a los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De ahí la necesidad, desde la perspectiva del derecho de petición, de recurrir al artículo 44 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* para plantear una reclamación internacional, aun cuando entre en vigor la futura Declaración. Segundo, el artículo citado no exige a los peticionarios tener la calidad de víctimas, marcando la diferencia con otros sistemas regionales de protección de derechos humanos, por lo que la legitimación activa de los peticionarios es conocida como *actio popularis*. Esto significa que cualquier persona u organización puede acudir ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el fin de presentar una denuncia que involucre la violación de los derechos humanos de sí misma o de una tercera persona. Incluso, según el *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*: "un denunciante no necesita ni siquiera autorización implícita de la víctima para plantear una denuncia ante la Comisión Interamericana".³⁵ Tercero, la posibilidad de que un grupo de personas presente una denuncia por violaciones a sus derechos humanos obliga a cuestionarnos si los miembros del grupo deben estar necesariamente identificados en la petición, o si basta únicamente la identificación del nombre de la colectividad, su ubicación geográfica, u otros aspectos atinentes al conjunto humano. En materia de pueblos indígenas ¿la

35. Daniel O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, segunda edición, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 428.

legitimación activa de los indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es individual o colectiva?

La denominada *contingencia de los derechos colectivos*, corroborada por la jurisprudencia interamericana tiene consecuencias procesales en el ámbito de la legitimación activa de los pueblos indígenas, o de sus miembros. Los precedentes estudiados permiten concluir que las violaciones a los derechos civiles, considerados tradicionalmente como individuales y que afectan a todos o solo a algunos de los miembros de un grupo, suelen impulsar a estudiar la situación jurídica de toda la colectividad (prescindiendo de identificar individualmente a los miembros), dados los impactos que tienen dichas violaciones en el mismo tejido social. Igualmente pueden presentarse situaciones de derechos colectivos, como los culturales, que pueden ser ejercidos, y consecuentemente, reclamados individualmente. Por ello, es razonable pensar que la legitimación en la causa de los indígenas “podrá” y no deberá ser siempre colectiva.

Se ha destacado la palabra “podrá” porque la legitimación procesal de los pueblos indígenas será en unos casos *necesariamente* colectiva, en tanto que en otros será *contingentemente* colectiva. Lo dicho significa que los indígenas *deberán* legitimarse colectivamente, es decir, el grupo en su conjunto, en todos aquellos casos en que los derechos conculcados sean de goce y ejercicio necesariamente colectivos (legitimación necesariamente colectiva). En otros casos, los indígenas *podrán* optar por legitimarse colectivamente o individualmente para aquellos derechos que, a pesar de ser colectivos, su goce y ejercicio, en razón de su naturaleza o de las circunstancias, puede ser también individuales (legitimación contingentemente colectiva).³⁶ Esta última forma de legitimación puede aplicarse también cuando

36. De la misma manera, Fergus Mackay menciona dos variantes de derechos colectivos: “Primero, los derechos colectivos que sólo pueden ser reivindicados por el grupo, no así por sus miembros individuales, a menos que un individuo haya sido designado como representante o recibido expresa autorización de éste. Segundo, un derecho colectivo puede ser reivindicado por un miembro individual del grupo, quien actúa ya sea por cuenta propia o en representación de otros miembros del grupo o del grupo en su totalidad. Estos derechos pueden también ser reivindicados por el grupo, ya sea de manera colectiva o a través de un agente o representante designado para ello. Esta segunda variante puede ser definida como un derecho colectivo de doble posición, porque tanto el grupo como sus miembros individuales pueden ejercerlos o invocarlos. La primera categoría, en cambio, sólo puede ser invocada por el grupo en su conjunto o a través de su agente o representante. Los derechos de autonomía y autogobierno son ejemplos posibles de la primera categoría; los derechos comprometen prácticas de subsistencia, actividades religiosas y culturales son ejemplos de la segunda categoría”. Véase, Fergus Mackay, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, pp. 55-56.

se hayan violentado derechos individuales, en el evento que las afectaciones a estos derechos puedan tener repercusiones para toda una colectividad.

Es pertinente anotar que tanto para la legitimación necesariamente colectiva, como para la contingentemente colectiva, la personalidad jurídica de los pueblos indígenas constituirá un instrumento que facilitará que como grupos y no como miembros de estos, accedan a la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones los miembros indígenas reclamen violaciones individuales a sus derechos fundamentales.

Hay que destacar que gracias a que la *Convención Americana de Derechos Humanos* recoge la denominada *actio popularis*, uno o varios miembros de una comunidad indígena puede denunciar la violación de un derecho colectivo de ejercicio necesariamente colectivo, precisamente porque la Convención no exige que el peticionario y la víctima (o víctimas) sean la misma persona. Una o varias personas, incluso no necesariamente indígenas, pueden presentar una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación a los derechos de un grupo de personas. Esta flexibilidad procesal, que impide en la práctica supeditar los esquemas formales de legitimación activa, permite a los órganos del sistema decidir si es meritorio o no estudiar la situación como grupo o como miembros individuales.

CONCLUSIÓN

Cabe reconocer que la aplicación de la futura Declaración de Pueblos Indígenas conllevará no pocas discusiones referentes a su obligatoriedad, pues por un lado, se puede afirmar que ella se convertirá en una interpretación autorizada de las Cartas de la OEA y la de Garantías Sociales, así como permitirá a la Comisión Interamericana tomar las medidas para aplicarla, y por el otro, se alegrará que al no ser un tratado no será obligatoria. Lo cierto es que la Declaración Indígena será una fuente de interpretación muy importante a la luz del artículo 29 de la Convención Americana y sobre la base de que el Sistema Interamericano, en el que ya existe jurisprudencia en materia indígena, permitirá hacer realidad los postulados de la futura Declaración.

En cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos y a la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, se debe decir que la protección pretoriana otorgada por los órganos del Sistema Interamericano no requieren de

un esquema legal y ficticio como el de la personalidad jurídica, y si ésta se llega a plasmar definitivamente, no debe obstaculizar la protección de los derechos indígenas individuales.

La implementación de la legitimación activa de los indígenas, que puede ser colectiva o individual, no tiene que ser óbice para que la Comisión o la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborden una violación a derechos de indígenas de manera grupal, cuando la denuncia inicial se la hizo de manera individual.

BIBLIOGRAFÍA

Buergethal, Thomas, "Declaración Universal de los Derechos Humanos: efecto jurídico e importancia política", en *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos: Guía para la Aplicación de Normas Internacionales en el Derecho Interno*, Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Martín (coords.), Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Serie A, No. 10.

CIDH, caso *Blake*, *Excepciones Preliminares*, sentencia de 2 de julio de 1996.

— caso *Las Palmeras*, *Excepciones Preliminares*, sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C, No. 66.

— caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001.

— Sentencia de Fondo. *Cantos vs. Argentina*, 7 de septiembre de 2001.

Comisión IDH, *Testigos de Jehová*, 18 de noviembre de 1978.

— *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito*, 29 de noviembre de 1983.

— *Informe No. 6/84, ABC Color*, 17 de mayo de 1984.

— *Informe No. 36/93, caso 10975 (Guatemala)*, 6 de octubre de 1993.

— *Informe No. 39/99. Mevopal S.A.*, 11 de marzo de 1999.

— *Informe No. 103/99, Bernard Merens y Familia*, 27 de septiembre de 1999.

— *La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas*, Washington, 2000.

Dulitzki, Ariel, "Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interameri-*

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas...

cano de Derechos Humanos, No. 26, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1997.

Mackay, Fergus, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Lima, APRODEH/FIDH, 1999.

O'Donnel, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, segunda edición, s.l., Comisión Andina de Juristas, 1989.

Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional

El término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado*

J. Alberto del Real Alcalá**

A partir de la idea de que un ordenamiento jurídico no debe prescindir del análisis de su lenguaje, el autor reflexiona desde la *teoría jurídica* en torno a la *vaguedad* y *ambigüedad* de las expresiones del lenguaje, con el fin de analizar ciertos aspectos de la indeterminación de los textos jurídicos.¹ Enumera algunas de las causas que la producen, y trata de aproximarse a aquellos presupuestos desde los cuales los operadores jurídicos se enfrentan a la problemática que se plantea cuando aplican e interpretan el Derecho o cuando lo desarrollan legislativamente. Se afronta la indeterminación en la Ley constitucional, haciendo mención especial al término “nacionalidades” del art. 2 de la Ley fundamental española, con objeto de tener en cuenta en este supuesto concreto algunas de las consecuencias que conlleva observar conceptos “indeterminados” en cualquier Ley constitucional; así como a los diversos razonamientos –direcciones doctrinales– acerca de cómo se ha producido su aplicación casuística. Trae a colación, y de una manera crítica, la solución clásica que aporta al respecto la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*.

FORO

* Publicado en la revista *Derechos y Libertades* (revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid), No. 11, enero-diciembre 2002, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, pp. 223-250. Este artículo tiene su origen en una *Comunicación* acerca de la indeterminación jurídica y los problemas de aplicación del Derecho de toda Ley constitucional, tomando como un ejemplo de interés el caso del término jurídico *nacionalidades* del art. 2 de la Constitución española; y que fue presentada y leída en el VII Congreso Internacional de Metodología Jurídica: *La aplicación del Derecho por la Administración Pública y la Justicia: problemas de los conceptos jurídicos indeterminados*, organizado por el Instituto Nacional de la Administración Pública (INAP), Madrid (España), 20 y 21 de septiembre de 2001. Asimismo se inserta en el ámbito del Proyecto de Investigación “Democracia, derechos humanos y nacionalismo” (BJU-2000-0261-C03-02) del Ministerio de Ciencia y Tecnología de España (2001-2003). Aparece como artículo seleccionado en el No. 2 de *Foro Constitucional Iberoame-*

NOTAS ACERCA DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y EL OPERADOR JURÍDICO

De las tres causas, entre otras, en las que me voy a centrar como fuentes de la indeterminación del Derecho, las dos primeras, son fuentes de i) la indeterminación *general* del Derecho. O sea, la que presenta por naturaleza en algún grado cualquier tipo de lenguaje, también el lenguaje jurídico escrito. La indeterminación como característica del Derecho está respaldada por la teoría jurídica de Hans Kelsen, a través de la idea de la “estructura dinámica” de los sistemas jurídicos;² por la de H. L. A. Hart, con la tesis de la “textura abierta” del Derecho,³ o aprehendida por Norberto Bobbio a través del concepto de “sistemas jurídicos abiertos” frente a los *sistemas cerrados*.⁴

La tercera causa de indeterminación a la que me voy a referir es fuente

ricano, Revista Electrónica del Instituto de Derecho Público Comparado *Manuel García Pelayo* (Universidad Carlos III de Madrid), Dir. Pablo Pérez Tremps, editada conjuntamente por dicho Instituto y la Editorial Tirant lo Blanch, ISSN 1696-2494.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén, España.

1. Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998. Se refiere este autor a la ambigüedad de las palabras, pp. 28-31, como indeterminación “extensiva” en aquellos supuestos en los que la incertidumbre de la aplicación o interpretación del término brota de que no sabemos en qué sentido ha sido usado. Y la distingue, de la vaguedad potencial o textura abierta del lenguaje en aquellos supuestos en los que, aun estando claro el sentido en que ha sido usada una palabra, sin embargo, p. 32: “no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque ella es deliberadamente usada con imprecisión”. En este sentido, pp. 34-35: “todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, potencialmente vagas. Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso no dicta la aplicación ni la no aplicación del término. [...] Esta característica de vaguedad potencial que los lenguajes naturales necesariamente exhiben ha sido llamada por Waismann ‘la textura abierta del lenguaje’. Carnap alude al mismo fenómeno cuando habla de ‘vaguedad intencional’”.
2. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de R. J. Vernengo, séptima edición, México D.F., Editorial Porrúa, 1993, pp. 201 y ss.
3. H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. esp. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 155 ss.
4. Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980, pp. 228-229: “sistema cerrado es aquel en el que el Derecho ha sido solidificado en un cuerpo sistemático de reglas que pretenden la plenitud, al menos potencial, y las fuentes formales del Derecho están rígidamente predeterminadas y entre ellas no está comprendida la labor del jurista (la jurisprudencia, en el sentido clásico de la palabra, se reduce a un comentario de las reglas del sistema); sistema abierto es aquel en el que la mayor parte de las reglas están o vienen consideradas en estado fluido y en continua transformación, no se establece una línea de demarcación tajante entre fuentes materiales y fuentes formales y se le atribuye al jurista la función de colaborar con el legislador y con el juez en la labor de creación del nuevo Derecho”.

de ii) la indeterminación *acentuada* o voluntaria del Derecho, establecida voluntariamente por el legislador, y que incrementa la general del lenguaje jurídico. Si bien es verdad, que en el derecho administrativo –la rama del Derecho que antes se ha ocupado de esta cuestión– se habla de “indeterminación jurídica” para hacer alusión únicamente a este tipo de indeterminación *intencionada*.

En cualquier caso, lo que se plantea no es si existe o no indeterminación en el Derecho, sino cuál es el grado de indeterminación que los operadores jurídicos han de resolver al aplicarlo e interpretarlo.⁵ Como dice Joachim Schmidt-Salzer, la diferencia teórica entre conceptos determinados e indeterminados no es cualitativa sino cuantitativa, y que aun respondiendo a dos modos legislativos diferentes, “cualitativamente en su estructura jurídica y en el valor vinculante del mandato normativo contenido en ellos, son de valor equivalente”.⁶ Aserción que confirma que las causas de la indeterminación no son excluyentes entre sí. Por el contrario, son susceptibles de “acumulación”.⁷

Las causas más importantes de la indeterminación en el lenguaje de los textos jurídicos que tengo en cuenta son las siguientes:

Uno. El “uso limitado” con el que utilizamos las palabras. Algún grado de indeterminación en el significado de las palabras es algo consustancial al propio lenguaje, salvo excepciones. Como bien afirma Genaro R. Carrió, los términos del lenguaje son susceptibles de abarcar una significación más amplia de la que utiliza cada sujeto en sus contextos particulares.⁸ La inde-

-
5. Para un análisis de la relación entre determinación (R. Dworkin) e indeterminación (Hart y Kelsen) del Derecho y teorías jurídicas contemporáneas, véase, María Cristina Redondo, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, Universidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 177-196.
 6. Joachim Schmidt-Salzer, *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1968. Citado por Fernando Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 237.
 7. Un análisis detallado de las fuentes de la indeterminación puede verse en Timothy A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, especialmente capítulo 3: “Sources of Indeterminacy”, pp. 31-54.
 8. G. R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 36: “No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos, ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial”. En el mismo sentido, Modesto Saavedra, *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978, pp. 30-31: “Una de las afirmaciones nodales de la hermenéutica existencial es [...] [que] nosotros no comprendemos

terminación del lenguaje común afecta asimismo al lenguaje jurídico, pues no se trata de lenguajes de naturaleza distinta.⁹ Los términos del lenguaje que se incorporan a un texto jurídico, ya como términos y conceptos jurídicos, habitualmente adolecerán, por tanto, de no ser absolutamente exactos o precisos. Por eso, cuando se contempla su aplicación será necesario fijar previamente, interpretándolos, el sentido preciso de lo que van a significar en un caso concreto. En este aspecto, la indeterminación jurídica es un problema, según José Juan Moreso, de “indeterminación semántica o vaguedad”.¹⁰ Asimismo hay que tener en cuenta que el uso limitado y particular de las palabras que utiliza cada sujeto es la causa de la “pluralidad de perspectivas”, a menudo en controversia, desde la que se *comprende* –interpreta, en definitiva– la realidad, aun cuando lo que se está contemplando es “lo mismo”. De ahí que en el Derecho los conceptos ambiguos o vagos sean con frecuencia “conceptos controvertidos”.¹¹ Además, incluso a veces la indeterminación en algún grado suele abarcar los conceptos que presentan una significación estrictamente jurídica y permanecer en las propias *definiciones legales* que realiza el texto jurídico.¹²

jamás perfectamente, agotando la plenitud de su contenido inteligible, un ente –una cosa, un suceso–, sino que lo entendemos y comprendemos únicamente bajo aspectos parciales y limitados”.

9. Sobre el lenguaje común como fundamento del lenguaje legislativo, véase, Victoria Iturralde Sesma, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 31 y ss.
10. José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 89. Véase asimismo, Carlos E. Alchourrón, y Eugenio Bulygin, “Definiciones y normas”, en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, *El lenguaje en el Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 6: “Los problemas más frecuentes que plantea la interpretación se plantean en relación con la aplicación de las normas a casos concretos (reales o ficticios): aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión, pueden surgir –y a menudo surgen– dudas acerca de su aplicabilidad a un caso o situación concreta dada. Se llama vaguedad a esta característica del lenguaje. Y como todos los términos de un lenguaje que tienen uso empírico, es decir, que se usa para referirse a objetos de la experiencia, son en mayor o menor medida vagos, siempre cabe la posibilidad de que surjan problemas de este tipo”.
11. Para un análisis de los conceptos jurídicos indeterminados como “conceptos controvertidos” o “conceptos contestados”, véase, F. Javier Ansuátegui Roig, “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, en *Sistema*, No. 158, 2000, pp. 93-114; especialmente punto primero, “Conceptos esencialmente controvertidos y tipos de definiciones”, pp. 92-98; véase, Juan Igartua Salaverria, “El indeterminado concepto de ‘los conceptos indeterminados’”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162. Y asimismo, Marisa Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23, Universidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 77-104.
12. Sobre la función de las definiciones legales, véase, C. E. Alchourrón y E. Bulygin, “Definiciones y normas”, pp. 20 y ss. Acerca de los tipos de definiciones legales, véase, Rafael Hernández Marín, “Definiciones en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XI, 1994, pp. 367-380.

Dos. La “distancia en el tiempo”,¹³ que aleja el momento de creación legislativa del Derecho de los casos de su aplicación. La indeterminación del Derecho se acrecienta cuando, permaneciendo la misma norma jurídica escrita, sin embargo, con el transcurso del tiempo, y ante nuevos casos que genera la realidad que caen dentro de su ámbito de aplicación, el sentido inicial de la norma va quedando progresivamente desfasado. La aplicación de esa norma a los nuevos casos necesitará concretar un nuevo sentido de la misma, *actualizándose* ésta, ya sea matizando el sentido inicial del legislador o incluso cambiándolo de manera sustancial.

Ahora bien, aun cuando la distancia en el tiempo genera indeterminación en el Derecho, en sí la indeterminación jurídica es potencialmente un factor que en realidad ayuda a *conservar* el Derecho vigente para la nueva casuística que la realidad va aportando. En este aspecto, la indeterminación también evita problemas al Derecho, porque coadyuva a su *continuidad* y le proporciona la *estabilidad* que los sistemas jurídicos persiguen. Y además, elude los inconvenientes que pueden llegar a generar un constante cambio legislativo. Hay, por tanto, una relación estrecha entre la indeterminación del lenguaje jurídico y la *perdurabilidad* del Derecho.¹⁴ Desde esta perspectiva la indeterminación es más una virtud del Derecho que su problema. Por lo que las normas jurídicas que tengan la pretensión de ser duraderas, necesariamente tendrán que contemplarse en alguna medida como normas indeterminadas. Por esa causa, entre otras por considerar, dicha relación es especialmente constatable en las normas constitucionales y en los conceptos y términos jurídicos que las mismas acogen.

Tres. La “voluntad del legislador”. El legislador puede voluntariamente *acentuar* la indeterminación que de por sí ya presenta el lenguaje jurídico escrito. En estos supuestos, Eduardo García de Enterría considera que el legislador utiliza la indeterminación como una “técnica de normación”¹⁵ de categorías abiertas con las que jurificar términos y conceptos de significación imprecisa, plural o controvertida. En función del grado de indeterminación, cuando se plantea su interpretación, a veces puede ser suficiente la

13. Sobre el significado hermenéutico de la distancia en el tiempo, véase, Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método*, cuarta edición, Madrid, Ediciones Sígueme, 1991, pp. 360 y ss.

14. Sobre la persistencia o perdurabilidad como tendencia característica del Derecho, véase, H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, pp. 26 y ss; y 77 y ss.

15. Eduardo García de Enterría, “Potestades regladas y potestades discrecionales”, en *Curso de Derecho Administrativo*, E. García de Enterría, y T. R. Fernández, tomo I, sexta edición 1993, Madrid, Civitas, reimpresión 1994, p. 444, se está refiriendo únicamente a la indeterminación establecida voluntariamente por el legislador, a la que considera “técnica general de normación”.

utilización de los criterios legales de aplicación e interpretación, por ejemplo, si el núcleo de *certeza positiva* del concepto es bastante amplio, o puede necesitar también la concurrencia de otras técnicas jurídicas; por ejemplo, si la “zona de penumbra”, incertidumbre o controversia del concepto, por ser la más extensa, es la que *gobierna* su significación.

En definitiva, cuando el operador jurídico resuelve la indeterminación de un concepto jurídico, en el caso concreto de aplicación, tiene que decidir acerca de dos cuestiones: i) fijar el *significado jurídico* del concepto indeterminado, y ii) aplicar o no aplicar a un caso particular de la realidad la catalogación jurídica que contiene dicho concepto. Ambas cuestiones están imbricadas la una en la otra.¹⁶ Pues, la aplicación de un concepto a un caso concreto *presupone* haber fijado antes su significado. Pero, al mismo tiempo, fijar o concretar el significado de un concepto *presupone* contemplar su aplicación a casos particulares de la realidad.¹⁷ La del operador jurídico es, por tanto, una labor de continua “reconstrucción” del significado de los conceptos indeterminados cada vez que estos vuelven a ser aplicados. Por supuesto, la indeterminación no es solucionable de un modo definitivo, sino en y para cada caso particular, salvo cuando la indeterminación es salvable —o debe salvarse— acudiendo al sentido preciso que han fijado previamente decisiones judiciales vinculantes como *jurisprudencia*.

A este respecto, se puede alegar que la decisión del operador jurídico contiene una *valoración* sobre el concepto y la realidad del caso de aplicación. Es decir, contienen un “juicio de valor” influido por un conjunto de razones que mutuamente se afectan entre sí. Razones entre las que cabe apreciar las de carácter técnico-jurídico, las razones subjetivas y también las razones intersubjetivas. Cada una de ellas pugna por ser la que finalmente gobierne el significado de la decisión que ha de tomar el operador jurídico.

Examinémoslas sintéticamente:

A) Razones “técnico-jurídicas”. Aquí el operador jurídico actúa en mayor medida como científico jurídico. Esta razón tiene en cuenta todo el *marco normativo* en el que se sitúa el término o concepto jurídico que se va a

16. F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, pp. 44-45.

17. Por ejemplo, la respuesta a la pregunta de si Escocia puede ser catalogada jurídicamente con el concepto jurídico de nacionalidad presupone que el operador jurídico ha resuelto previamente la cuestión ¿qué es una nacionalidad? Y a la inversa, responder a la cuestión ¿qué es una nacionalidad? presupone haber contemplado la aplicación previa de dicho concepto a algún caso particular. En definitiva, son dos modos de plantear la misma cuestión. Dos vías necesarias e inseparables para concretar el significado de un concepto indeterminado.

aplicar, interpretar o desarrollar legislativamente; así como los *criterios legales de aplicación e interpretación* e incluso otras técnicas más complejas según el grado de indeterminación que se tenga que resolver. En este ámbito hay que situar a la *jurisprudencia* y la doctrina científico-jurídica del país. Aquí juega también la *técnica* que proporciona la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados*. Por su naturaleza, la razón técnico-jurídica se ocupa de que las decisiones del operador jurídico respeten las normas y principios del Ordenamiento Jurídico y, en general, las reglas del Estado Constitucional, Democrático y de Derecho —en mi opinión, entendido en sentido exigente¹⁸—, y sean, en definitiva, “decisiones conforme a Derecho”. Su observancia, por tanto, está relacionada con la problemática que plantea la discrecionalidad y la arbitrariedad de los poderes públicos, sean de naturaleza ejecutiva, judicial o legislativa.¹⁹ En principio, este tipo de razones se presenta como el más neutral, en el que no interviene otro tipo de motivación que la propiamente científica del Derecho. Aunque, en verdad, las razones técnico-jurídicas incorporan, por una parte, los fines, objetivos e intereses que la ley ha tenido en cuenta al jurificar el concepto indeterminado que observamos; y, por otra, este tipo de razones no está exento de la influencia de la dimensión personal del operador jurídico.

B) La razón “subjetiva”. También hay que tener en cuenta que en las decisiones del operador jurídico que resuelven la indeterminación no deja de intervenir, junto a la utilización de la técnica jurídica, su *dimensión personal*. En este sentido, el operador jurídico no puede librarse en mayor o menor medida ni de la influencia de sus propios “prejuicios”, ni de los resultados de la casuística que ha decidido —seleccionándola previamente de la realidad— contemplar a la hora de proceder a resolver la indeterminación de un concepto jurídico. Sí es verdad la presencia de la dimensión personal, sin

18. Véase, Rafael de Asís Roig, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999, pp. 83 y ss.

19. Para un análisis de la decisión judicial, véase, R. de Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, pról. de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995. Véase, asimismo, Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993. Es de interés lo que dice al respecto la STC 66/1985, de 23 de mayo: “[...] la noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Administrativo, pues no es lo mismo la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley. No es necesario, sin embargo, entrar aquí en el análisis de este problema, pues aun aceptando, a meros efectos dialécticos, que la arbitrariedad sea predicable de las leyes [...]”.

embargo, no hace arbitrarias las decisiones del operador jurídico, si éstas se mantienen como “soluciones de Derecho”; pero, por supuesto, sí determina, de una manera importante, el sentido que toma su decisión hacia una u otra dirección doctrinal.

La *hermenéutica filosófica* de Hans-Georg Gadamer proporciona los presupuestos que mejor explican, en mi opinión, el relieve que adquiere esta dimensión personal en la decisión del operador jurídico.²⁰

En primer lugar, la dimensión personal interviene a través de i) los “prejuicios”²¹ del operador jurídico, o sea, su *conciencia personal*, que intentará condicionar la aplicación de uno u otro significado al concepto indeterminado. De ahí, en mi opinión, que la tarea de resolver el grado de indeterminación que presenta una norma jurídica, no puede librarse de ser catalogada en alguna medida de tarea *ideológica*.²² En general, a la hora de resolver el grado de indeterminación que presente la ley, la relación entre las razones *técnico-jurídicas* que utiliza el operador jurídico y su *ideología* es que con frecuencia la ideología proporciona al operador los *criterios* de elección de aquellas razones técnicas, cuya aplicación es más favorable a los fines u objetivos más acordes con su conciencia personal; condicionando, por tanto, en ese sentido y en esa medida, la *orientación* de la solución final que adopta, y asimismo, le facilita su *justificación*.

En segundo lugar, la dimensión personal interviene a través de ii) la “casuística aplicativa” del concepto, pretérita o futura, real o hipotética, que a la hora de volver a aplicar un concepto indeterminado a un nuevo caso, cada operador jurídico ha seleccionado contemplar según los *resultados* y efectos que produce en la realidad, y también, por tanto, aquella casuística que consiguientemente ha decidido excluir. Pues, el significado de los conceptos no opera sobre el vacío, sino que se despliega a partir de los casos concretos de la realidad y de las soluciones que se han aplicado en cada uno de ellos; siempre y cuando unos y otras sean susceptibles de ser incluidos dentro del ámbito aplicativo de la norma jurídica o del concepto jurídico que observamos. Dichos casos y sus correspondientes soluciones acaban contribuyendo a orientar también la decisión del operador jurídico sobre el nuevo

20. H. G. Gadamer, *Verdad y Método*, p. 396. Teniendo en cuenta la hermenéutica de Gadamer, a los operadores jurídicos, cuando aplican e interpretan el Derecho, no les está permitido librarse ni de sí mismos ni de la situación en la que se encuentran.

21. *Ibid.*, pp. 344 y ss.

22. Véase, M. Saavedra, *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, México D.F., Fontamara, 1994.

caso por resolver, y deduciendo hasta cierto punto de esos casos y soluciones la resolución de éste.²³

C) La razón de “tradición”. Además, en la decisión del operador jurídico que resuelve la indeterminación, no dejan de tener influencia los presupuestos valorativos de carácter *intersubjetivo* que nos lega la tradición. Gadamer ha puesto de manifiesto que no es posible obviar el hecho de que en gran medida cualquier tipo de lenguaje, incluido el jurídico, nos viene dado. Comprendemos, afirma, desde nuestra propia *tradición valorativa*. De modo que cualquier uso del lenguaje, también del lenguaje jurídico, conlleva siempre su *interpretación*.²⁴ Pues, ocurre que por herencia de las generaciones anteriores la transmisión de los términos de una lengua viene a ser también la de los *valores* adheridos a su ámbito semántico, desplegados a partir de sus particulares “contextos aplicativos”. Por eso, el lenguaje en general –incluido el lenguaje jurídico– *no es neutral*²⁵ para el operador jurídico, pues en la significación de los conceptos que éste maneja se va a encontrar siempre con ese mecanismo transmisivo valorativo.²⁶ Esta razón intersubjetiva de la *tradición* ha sido relevante para el legislador, por ejemplo, cuando ha tenido lugar la aplicación de conceptos indeterminados del tipo de los términos *nacionalidades* o *regiones* en la Ley constitucional española.

D) La razón de “ciudadanía”. Otra razón *intersubjetiva* que afecta a la decisión del operador jurídico es de naturaleza axiológica, y hace referencia a los *valores ciudadanos* de la comunidad política para la que se aplica, interpreta o desarrolla el Derecho. La razón de *ciudadanía* relaciona los valores ético-sociales acogidos por el Derecho, con la decisión que toma el operador jurídico. Estos valores ciudadanos o *ética pública* –según denominación del Profesor G. Peces-Barba²⁷–, característicos de la *teoría democrática*

23. Acerca de la trascendencia hermenéutica de la aplicación, véase, H. G. Gadamer, *Verdad y Método*, pp. 378 y ss.

24. *Ibid.*, pp. 331 y ss.; y p. 467: “Comprender es siempre interpretar”.

25. M. Saavedra, *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, p. 20: “El carácter último, de un lado y también histórico, del lenguaje confirmaría que la temporalidad constituye ontológicamente al objeto bajo el modo de su comprensión. No es posible conocer sin un lenguaje, y si éste está pensado de historia, de moralidad o de política, es imposible excluir tales factores de la ciencia”.

26. Jürgen Habermas, *Identidad nacional e identidad postnacional*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 121: “Es cierto que no podemos buscarnos nuestras propias tradiciones, pero sí que debemos saber que está en nuestra mano el decidir cómo queremos proseguirlas”.

27. Sobre las relaciones entre la Ética, el Poder y el Derecho, véase, Gregorio Peces-Barba, *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995; y asimismo, Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986.

ca y constitucional, vienen a representar también el conjunto de *significados*, acerca de ámbitos relevantes de la realidad, que son más apreciados por la *opinión pública* y la ciudadanía, y que han sido por ello incorporados al Ordenamiento jurídico. En verdad, esta dimensión de las decisiones del operador jurídico pone de manifiesto que éste no resuelve la indeterminación del Derecho únicamente como “científico” del Derecho, a modo de un ser socialmente *aislado*, sino que además lo hace en su condición de “ciudadano”, miembro de una comunidad política democrática y de Derecho, que es la receptora de sus decisiones y que, por tanto, ha de ser tenida en cuenta.²⁸ Las razones intersubjetivas de “tradicición” y de “ciudadanía”, que se *afectan* entre sí, son más dominantes en la significación de conceptos indeterminados, por ejemplo, del tipo de las *buenas costumbres*, el *interés general*,²⁹ o la idea de *igualdad* o de *libertad*.

En verdad, la importancia de los operadores jurídicos cuando resuelven la indeterminación del Derecho es que en el fondo están determinando los contenidos reales del Derecho. Así ha ocurrido en aquellos casos de desarrollo legislativo de la norma fundamental que incluyen la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Cuestión a la que me referiré a continuación.

EN TORNO A LA INDETERMINACIÓN DE LA LEY CONSTITUCIONAL Y EL TÉRMINO JURÍDICO “NACIONALIDADES”

En los estados de Derecho la Ley constitucional ocupa la posición preeminente para determinar el valor de validez de las proposiciones jurídicas.³⁰ Sin embargo, este referente de *conformidad* con el Derecho que representa la Ley constitucional contiene frecuentemente uno de los lenguajes jurídicos más indeterminados. Ahora bien, el análisis de la indeterminación en relación a la Ley constitucional es probable que necesite de ciertas matizacio-

28. Véase, José Antonio López García; J. Alberto Del Real Alcalá; y Ramón Ruiz Ruiz, (edits.), *La Democracia a debate*, Madrid, Dykinson, 2002.

29. Véase, José Luis de los Mozos, *Derecho Civil: métodos, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, 1988. Véase, asimismo, E. García de Enterría, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, No. 89, 1996, pp. 69-89.

30. Véase, J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 183, sobre el “valor de verdad” de las proposiciones jurídicas.

nes respecto a la forma en que se plantea y resuelve la indeterminación en otros sectores del Derecho, sea por caso el derecho administrativo; aun sin perder de vista que unos y otros son casos igualmente de indeterminación del Derecho.

En la Ley constitucional española son distinguibles los siguientes supuestos afectados por un cierto grado de *indeterminación*, y que es susceptible de ser resuelta desde una diversidad de *técnicas jurídicas*: i) el grado de indeterminación que presentan los “valores superiores” del Ordenamiento jurídico del art. 1.1 de la Constitución española (en adelante CE); ii) el grado de indeterminación que presentan los “principios constitucionales”, sean los informadores *del Derecho* del art. 9.3 CE, los rectores *de la* política económica, o los que presiden el Estado autonómico, según la CE; iii) el grado de indeterminación que presentan los “derechos fundamentales” u otros derechos; iv) el grado de indeterminación que presentan las “obligaciones jurídicas” establecidas en la Ley constitucional; o v) el grado de indeterminación que presentan *otros* numerosos términos y conceptos acogidos por las normas constitucionales.

De la situación de los *valores superiores* del Ordenamiento jurídico en la Ley constitucional, art. 1.1 CE, como bien afirma Gregorio Peces-Barba, además de criterios de interpretación de normas, o sea, metanormas materiales para la interpretación de otras normas en supuestos de lagunas o de nueva regulación por el Derecho, “se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica, aunque la positivación de los valores no la agote y quede una moralidad crítica no positivizada que presiona sobre los valores como Derecho positivo, para enriquecerlos y complementarlos, con una progresiva positivación de esa dimensión, por medio del desarrollo y de la interpretación de los valores superiores por el legislador, el juez, el resto de los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos”. En cuanto a la intensidad o fuerza obligatoria, añade, “se trata de una norma que señala los fines a alcanzar, que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad, aunque ya en la propia Constitución se concretan algunos de esos cauces, a través de los derechos fundamentales y a través de la organización de los poderes”.³¹

Los *principios constitucionales*, caso, por ejemplo, de *los establecidos en el art. 9.3 CE*, se configuran según el Tribunal Constitucional español como “conceptos jurídicos indeterminados”. Ya la Sentencia del Tribunal

31. G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, pp. 89 y 97-100.

Constitucional español (en adelante STC) 62/1982, de 15 de octubre, establecía respecto de ellos lo siguiente: “La Sala no ignora la dificultad de aplicar en un caso concreto un principio general del derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación. El Tribunal entiende que debe respetar este margen de apreciación que corresponde a los Jueces y Tribunales, a quienes corresponde también la tutela general de los derechos fundamentales y libertades públicas, según vimos, pues lo contrario llevaría a que este Tribunal viniera a sustituir a la jurisdicción ordinaria. Entendemos que el recto funcionamiento de una sociedad democrática implica que cada institución asuma el cumplimiento de la función que le es propia”, (*Fundamento Jurídico* 5o.).

La indeterminación también afecta los *derechos fundamentales* de la Ley constitucional.³² G. Peces-Barba considera que la *vaguedad* o *generalidad* es una nota característica de los derechos. “Los derechos aparecen normalmente enumerados en las Constituciones sin que se especifique cual es su significado concreto. Corresponde a los operadores jurídicos esa asignación. En primer lugar, al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el Derecho. Los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del Ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado. En este sentido, a la hora de dotar de significado a estas figuras, el papel de la interpretación es clave”.³³ El Tribunal Constitucional español alude a la indeterminación de los derechos con la expresión “el tipo abstracto del derecho”. El art. 53.1 CE establece como “criterio constitucional” de resolución de la indeterminación de los derechos el de su “contenido esencial”. Criterio que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional español con la “doctrina del contenido esencial”, a través de dos vías complementarias que permiten definir y concretar el contenido esencial de cualquier derecho. Son, por una parte, “la naturaleza jurídica o el modo de concebir y configurar cada derecho” según “las ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas, jueces y en general, especialistas en Derecho” acerca de ese derecho, puestas en relación con lo que ha recogido del mismo el legislador concreto. Por

32. Para un estudio de la *multidimensionalidad* de los derechos, véase, José Antonio López García y J. Alberto Del Real Alcalá (edits.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.

33. G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 578-579.

otra parte, buscar los “intereses jurídicamente protegidos”³⁴ como núcleo y médula de ese derecho; o sea, “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.³⁵

Las obligaciones jurídicas incluidas en la Ley constitucional no están exentas de indeterminación. Rafael de Asís distingue en la norma fundamental varios tipos de obligaciones jurídicas. En primer lugar, a) las *obligaciones jurídicas superiores*, “aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico-político, constituyendo la expresión de sus postulados básicos hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión al de todo el texto constitucional. Se encuentran dentro de la Constitución en el Título Preliminar”. En segundo lugar, b) las *obligaciones jurídicas fundamentales*, que “son aquellas obligaciones que afectan a intereses, pretensiones, exigencias o necesidades básicas de los individuos o de la comunidad y que se dirigen de forma principal a los ciudadanos”. Y en tercer lugar, c) las obligaciones jurídicas constitucionales “son las demás obligaciones expresadas en la Constitución española”.³⁶

34. La idea de que los derechos no son un poder de voluntad jurídica *abstracta* sino que existen para garantizar los intereses *reales* de la vida es característica de la *Teoría general de los derechos* como “*intereses jurídicamente protegidos*”, elaborada por el jurista alemán Rudolf von Ihering, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, vers. esp. de Enrique Príncipe Satorres, est. prel. de José Luis Monereo Pérez, Granada, Editorial Comares, 1998, p. 1033: “La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. *Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*”.

35. Por ejemplo, en STC 11/1981, de 8 de abril. La doctrina del contenido esencial de los derechos fue reiterada por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, entre otras, SSTC 37/1987 (*Fundamento Jurídico 2o.*), 161/1987 (*Fundamento Jurídico 5o.*), 196/1987 (*Fundamento Jurídico 5o.*), 227/1988 (*Fundamento Jurídico 11o.*), 170/1989 (*Fundamento Jurídico 8o.*) y posteriores.

36. R. de Asís Roig, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 207 y ss. El autor divide a) las obligaciones jurídicas superiores en: a.1) materiales, que son las de obediencia del art. 9.1, que lleva inmersa la de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, la organización del poder y defensa de la libertad del art. 9.3 CE y la promocional del art. 9.2. CE. Son obligaciones expresión directa de la declaración del art. 1.1. CE, por la que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho; y en a.2) procedimentales o instrumentales, que son la obligación de solidaridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas entre sí del art. 2 CE; la de conocer el castellano, del art. 3, que desempeña el papel de hacer posible la comunicación a través del Derecho y de mantener la unidad del Estado, y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales de los arts. 6 y 7. Son condiciones básicas para la posible realización del Estado Social y Democrático de Derecho y para la autonomía. b) Las obligaciones jurídicas fundamentales serían: realizar la enseñanza básica (art. 27.4 CE), defensa de España (art. 30.1 CE), obligaciones en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad (art. 30.4 CE), contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 30.1 CE), obligaciones de los cónyuges (art. 32.2 CE), las derivadas de

Respecto a otros términos y conceptos que contienen las normas constitucionales, me voy a referir al término *nacionalidades* del art. 2 de la Ley constitucional española, como ejemplo del ámbito problemático que es susceptible de desplegar el grado de indeterminación que presenta la Ley constitucional.

Sostengo que el término jurídico *nacionalidades* ha sido configurado en la Ley constitucional española como un concepto jurídico indeterminado, aunque la solución de su indeterminación a través de la técnica de “la única respuesta correcta” que proporciona la *teoría de los conceptos jurídicos indeterminados* plantea ciertos problemas. Hay que comenzar diciendo que el término *nacionalidades* en su condición de término extrajurídico adolece tradicionalmente de una fortísima indeterminación, característica que es habitual de todo el léxico jurídico y político sobre *lo nacional*.³⁷ Ahora bien, independientemente de otras consideraciones, el término *nacionalidades* es término jurídico, jurídico-constitucional, equiparable a su concepto,³⁸ y como tal concepto jurídico admite ser tratado desde las *categorías jurídicas* y la *técnica jurídica*, y es susceptible de interpretación jurídica. Esto permite explicar y resolver su indeterminación en el contexto jurídico-constitucional aludido, a través de la observación de la casuística que ha generado su aplicación desde la Ley constitucional española.³⁹

El término constitucional *nacionalidades* se encuentra, en mi opinión, dentro de los supuestos de indeterminación acentuada decidida por el legislador.⁴⁰ En razón de cómo se ha juridificado su incorporación *ex novo* al tex-

la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), la de trabajar (art. 35 CE) y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los colegios profesionales (art. 36 CE). Y c) en las obligaciones constitucionales, distingue: c.1) obligaciones constitucionales derivadas de las obligaciones superiores de obediencia, de respeto a los derechos fundamentales, de organización del poder y defensa de las libertades, de la obligación promocional y de solidaridad; y c.2) obligaciones constitucionales derivadas de obligaciones fundamentales.

37. Véase, Gil Delannoï, “La Teoría de la nación y sus ambivalencias”, en G. Delannoï y P. A. Taguieff (comp.), *Teorías del nacionalismo*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 9-18.
38. Aun cuando no existe concepto sin palabras o términos que lo expresen, se distingue entre la palabra –el término– como sonido fonético, la cosa o ámbito objetual de la realidad referida por ésta, y el significado –el concepto– como elemento intermedio. La denominación *término jurídico* o *concepto jurídico* se asigna a todo término o concepto utilizado por una norma jurídica.
39. Otra clase de indeterminación o de contextos aplicativos no son objeto de este artículo.
40. Francisco Tomás Y Valiente, “El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional”, en *Historia 16, La España de las Autonomías. Balance polémico*, No. 200, diciembre 1992, Madrid, p. 32: “Conceptos tales como autonomía, nacionalidades, regiones, que son los ejes del sistema, no se definen; el número final de las Comunidades queda abierto; y otros conceptos, de menor calado político que los antes citados, pero necesitados de precisión técnica, sin la cual el sistema no podría funcionar, están en la Constitución meramente dichos o enunciados sin que su significado se des-

to constitucional de 1978 en el artículo segundo,⁴¹ no se produjo acotación de su significado sino a través de la relación sistemática con otros términos similares de la Ley constitucional: caso de los términos *nación* y *regiones*; y de su aplicación posterior a casos concretos: leyes orgánicas de los estatutos de autonomía que contemplan dicho término. Según E. García de Enterría, en los conceptos indeterminados “la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto”.⁴² Respecto a dicha imprecisión normativa, está cargado de razón Schmidt-Salzer cuando afirma que “lo que hace el legislador con el concepto indeterminado es renunciar a decidir jurídicamente a qué supuestos de realidad se aplica el concepto”,⁴³ y por tanto, dejar dicha opción a otros operadores jurídicos. Con el término *nacionalidades* el constituyente ha utilizado la indeterminación como *técnica de normación* con la que juridificar esta categoría abierta. Para E. García de Enterría, si la ley no delimita con exactitud los límites de los conceptos se debe “a que se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa”,⁴⁴ frecuentemente, porque son términos y conceptos controvertidos. De hecho, la diversidad de fórmulas a través de las cuales se ha concretado la indeterminación de los términos *nacionalidades* y *regiones* —otro concepto jurídico indeterminado— se debe, como dice Leguina Villa, a que “difícilmente se habría podido acertar con una definición de región y de nacionalidad aceptable por todos”.⁴⁵ Parece muy probable que el legislador buscara deliberadamente, con gran inteligencia diría yo, enunciados abiertamente indeterminados. Algo, por otra parte, muy habitual en el lenguaje normativo constitucional. Sostengo que en el caso del término *nacionalidades* la indeterminación funciona como una virtud del legislador en razón de lo conflictivo que resulta ser el tratamiento de la *idea*

prenda de la simple lectura del texto constitucional ni, menos todavía, de la lectura comparada de aquel texto con los de cada Estatuto de Autonomía, comparación que con frecuencia dificulta la interpretación en vez de aclararla”.

41. Acerca de cómo se desarrolló la incorporación del término *nacionalidades* al texto constitucional, véase, G. Peces-Barba, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, especialmente pp. 236-244.
42. E. García de Enterría, “Potestades regladas y potestades discrecionales”, p. 444.
43. J. Schmidt-Salzer, *Der Beurteilungsspielraum*, p. 236.
44. E. García de Enterría, “Potestades regladas y potestades discrecionales”, p. 444.
45. Jesús Leguina Villa, “Las Comunidades Autónomas”, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, E. García de Enterría y A. Predieri (dirs.), segunda reimpresión de segunda edición de 1981, Madrid, Civitas, 1984, p. 783.

nacional y de la pluralidad *cultural e identitaria* en los textos jurídicos.⁴⁶ Dificultad que, sin duda, se acrecienta en un ámbito de tanta complejidad que directa o indirectamente, antes o después, va a remitir a cuestiones como los *sujetos y derechos colectivos*, o desde otra perspectiva, a los *derechos individuales* de ejercicio colectivo, y por supuesto, a las ideologías que los fundamentan.⁴⁷

La mayoría de la doctrina española, aunque de forma indirecta y sin un desarrollo expreso de la cuestión ni de sus consecuencias, ha aceptado la idea de la indeterminación del término *nacionalidades*. Dirección en la que se han posicionado, con más o menos intensidad, entre otros, Pablo Pérez Tremps, Jesús Leguina Villa, Luis López Guerra y Rafael Entrena Cuesta.⁴⁸ Asimismo es de destacar el planteamiento que realiza brillantemente Jesús Prieto de Pedro resaltando la especial dificultad técnica del control en este tipo de indeterminación constitucional.⁴⁹

En cualquier caso, a pesar de las dificultades que ello puede plantear, considerar que el término *nacionalidades* es un concepto jurídico indeterminado sí excluye otras dos *explicaciones* acerca de su configuración jurídica en la Ley constitucional española.

Una, que ha mantenido, entre otros, Luis Sánchez Agesta, según la cual el término nacionalidades es un concepto constitucionalmente tan indeterminado que llega a resultar un “concepto vacío”, que “no tiene en la Constitución ninguna definición de identidad ni ninguna consecuencia jurídica”.⁵⁰ Vendría a constituir un concepto “en blanco”, carente, en verdad, de cualquier valor jurídico. Lógicamente, no puede observarse de este término jurídico ninguna casuística aplicativa por carecer de cualquier contenido

46. Véase, Javier de Lucas, “¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural”, en *Multiculturalismo y diferencia. Sujetos, nación, género*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, No. 31, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1994, pp. 15-40.

47. Véase, Nicolás López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000. Especialmente, pp. 121 y ss., sobre cómo resuelven las teorías *fictionistas* y *no fictionistas* la cuestión de la *titularidad* de los derechos colectivos.

48. Véase, Pablo Pérez Tremps, “La organización territorial del Estado”, en *Derecho Constitucional*, L. López Guerra, y otros, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992; Rafael Entrena Cuesta, “Art. 2”, en *Comentarios a la Constitución*, F. Garrido Falla, y otros, segunda edición, Madrid, Civitas, 1985; J. Leguina Villa, “Las Comunidades Autónomas”; Luis López Guerra, y otros, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

49. Jesús Prieto de Pedro, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados / Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 160 y ss.

50. Luis Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución de 1978. Ensayo de un sistema* (diez lecciones sobre la Constitución de 1978), quinta edición, Madrid, Edersa, 1987, p. 393.

aplicativo, ni desplegar evidentemente ninguna consecuencia jurídica. Aun cuando paradójicamente, sin embargo, sí se habría producido la aplicación del art. 2 CE, de cuyo contenido el término *nacionalidades* es parte integrante. ¿Se habría producido entonces una aplicación *parcial* o limitada de este art. 2? En mi opinión, ya sobre la base de la *STC 16/1984 de 6 de febrero*,⁵¹ se determinó a las nacionalidades y regiones de España como únicos entes territoriales que pueden ejercitar el derecho a la autonomía. Y en este sentido, cuestiones como la catalogación jurídica de *sujeto* que el ordenamiento otorga a *nacionalidades* y *regiones*; la atribución de la *titularidad* del *derecho* a la autonomía a dichos entes territoriales en el propio art. 2 CE; o cualesquiera otras consecuencias jurídicas que han desplegado las nacionalidades y regiones desde el mismo momento de su constitución y a lo largo de su vida jurídica carecerían de cualquier sentido. Por lo que aceptar esta dirección doctrinal dificultaría enormemente la explicación de cómo se ha configurado jurídicamente el ordenamiento territorial de la Ley constitucional española.

Dos, otra explicación de la configuración jurídica que asume en la Ley constitucional el término *nacionalidades* vendría a afirmar que se trata de un “concepto totalmente determinado” porque su aplicación viene predeterminada por otras normas asimismo de rango constitucional, cuyo ámbito semántico y aplicativo habría sido taxativamente *cerrado* en el mismo momento de su incorporación al texto constitucional. Desde esta posición se podría alegar que la ubicación sistemática del término *nacionalidades* en la *parte dogmática* de la Ley constitucional y la gran envergadura social y política que conlleva serían causas suficientes para no predicar del mismo indeterminación alguna que, sin duda, diluiría contenidos de carácter esencial de la norma fundamental. Habitualmente esta posición es invocada desde los *enfoques asimétricos* del Estado de las autonomías. La asimetría del Estado autonómico surgido de la Ley constitucional de 1978 ha sido defendida con especial énfasis por Miguel Herrero de Miñón.⁵²

Sin embargo, en mi opinión, la división dicotómica de la estructura nor-

51. Según *STC 16/1984*, de 6 de febrero: “En efecto, la Constitución española, en su art. 2 reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, introduciendo así en el ordenamiento una nueva categoría de entes territoriales, dotados de autonomía, diferentes de los ya existentes, provincias y municipios” (*Fundamento Jurídico* 2o.).

52. Véase, Miguel Herrero de Miñón, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998; especialmente, pp. 29-45.

mativa *interna* que se predica de la ley fundamental española⁵³ no puede dar lugar a atribuir distinta *juridicidad* a las normas situadas en la parte dogmática y a las de la parte orgánica. Por el contrario, como norma *dogmática*, la función del contenido del art. 2 CE posiciona mejor en la orientación que considera a la *indeterminación* no como una *imperfección* del lenguaje jurídico sino como una “cualidad positiva” del Derecho,⁵⁴ a partir de la idea de que es conveniente que la norma jurídica sea en cierta medida indeterminada, más aún las normas constitucionales, con el objeto de poder adaptarse a una realidad que evoluciona y es cambiante.⁵⁵ De no existir cierta indeterminación normativa, normas dogmáticas configuradas como normas demasiado *precisas*, pueden encontrar problemas para prolongar su vida jurídica, y en consecuencia, generarse frecuentes procesos de cambio legislativo, con la consiguiente *inestabilidad* para el ordenamiento jurídico y para la comunidad que ello pueden acarrear. En todo caso, en mi opinión, esta orientación explicativa que *cierra* definitivamente y para siempre el significado de un concepto indeterminado, tiende a obstaculizar su evolución y a incomunicarlo de la realidad social.

Por supuesto, asumir el carácter indeterminado del término *nacionalidades* conlleva introducirlo en el ámbito problemático de la indeterminación del Derecho y de todo lo relacionado con esta cuestión. Eso sí, con ciertas particularidades. Hay que tener en cuenta que la utilización de la indeterminación, como técnica de normación de categorías abiertas, origina una *problemática singular* según el ámbito del Derecho, e incluso el concepto indeterminado, de que se trate. Para Fernando Sáinz Moreno, esta singularidad se define en función de la distinta forma en la que cada rama del Derecho articula las *relaciones* de los viejos referentes de la *autoridad* y la *libertad*.⁵⁶ Cuando nos referimos a los términos constitucionales indeterminados, sea el caso de *nacionalidades*, hay un conjunto de peculiaridades que caracterizan su proceso aplicativo, a partir del hecho de que esta aplicación se ha

53. Antonio Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español*, tercera edición renovada, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1992, p. 161.

54. F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, pp. 194-195.

55. Frente a una concepción *involucionista*, un análisis de la pluralidad que es susceptible de presentar la *identidad nacional* puede verse en J. Alberto Del Real Alcalá, “La pluralidad de lo nacional”, en Manuel Segura Ortega y J. Rodríguez-Toubes Muñiz (eds.), *Regiones, naciones y nacionalismos en el contexto final del siglo XX*, XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, vol. I, Santiago, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 41-61.

56. F. Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 218.

desarrollado dentro del propio ámbito legislativo, presentándose por ello más complejo. Así, por ejemplo, los operadores jurídicos que han intervenido en los casos de aplicación del concepto han sido de muy diversa naturaleza.⁵⁷ Sus decisiones, “co-decisiones”, son actos de *desarrollo legislativo* y de *aplicación* del Derecho al mismo tiempo, que han concluido con la formulación de leyes de carácter principal para el conjunto del Estado –leyes orgánicas– y para las nacionalidades y regiones –estatutos de autonomía–, con todas las consecuencias jurídicas e institucionales que de ellas se derivan. Con el objeto de que no sean arbitrarias, estas decisiones han debido encauzarse por el criterio constitucional del art. 143.1, el “criterio de la identidad como comunidad”: otro concepto jurídico indeterminado; y que ha sido aplicado preferentemente con el significado de la “identidad histórica”.⁵⁸ Siendo la “razón de tradición” una de las que más influencia ha ejercido a la hora de aplicar o no el concepto, de catalogar o no catalogar jurídicamente los casos de la realidad, con ese término. Otras singularidades están referidas a otros criterios del proceso *reglado* específico predeterminado por normas constitucionales que deben observarse en la aplicación casuística del término nacionalidades. O al tipo de *control jurídico* que puede enjuiciar la “corrección” del proceso de aplicación, que también asume en primer lugar carácter legislativo.

En general, la aplicación casuística del término *nacionalidades* no ha planteado grandes dificultades. Sí es verdad, y es otra de sus singularidades, que la solución a su indeterminación está jurídicamente ligada a la de otro concepto indeterminado, el término *regiones*. Lógicamente, la aplicación de uno de estos conceptos excluye la del otro, y viceversa. De la misma forma, en tanto que España está formada por entes territoriales que son *nacionalidades* o que son *regiones*, se excluyen jurídicamente para estos la utilización de denominaciones fuera del ámbito conceptual del art. 2 CE, por ejemplo, términos como el de *nación*, *república* u otros.⁵⁹ Ello no ha impedido, como ya manifestó el Tribunal Constitucional, que en el desarrollo del

57. Incluye todos los que han intervenido desde la iniciación del proceso autonómico hasta su conclusión.

58. Véase, al respecto, notas 61 y 62.

59. Una importante diferencia jurídica entre los términos “nación”, “nacionalidades” y “regiones” de la Ley constitucional española se encuentra en que el término *nación* es un “término constitucionalmente determinado” por la propia ley en los términos y conceptos de *España*, *nación española*, *Estado español*, *Estado social y democrático de Derecho*, *pueblo español* o *españoles*, cuyas denominaciones se reservan jurídicamente para aquél. Mientras que los otros dos, *nacionalidades* y *regiones*, son “conceptos jurídicos indeterminados” *voluntariamente* por la norma fundamental, que exigen concreción previa, a través de alguna *técnica jurídica*, para poder ser aplicados.

proceso aplicativo, se pueda volver a *precisar* la aplicación de los términos nacionalidad y región con denominaciones *particulares* para cada ente territorial, sin dejar por ello de constituir una región o una nacionalidad.⁶⁰ Si es verdad que la casuística aplicativa de los términos *nacionalidades* y *regiones* que desembocó en los respectivos estatutos de autonomía —que es la que estoy observando aquí— ha jugado más a favor del término *regiones*, que se ha generalizado más, en cuya “zona de certeza positiva” del área de aplicación del concepto se sitúan la mayoría de los casos de aplicación del artículo segundo⁶¹ de la Constitución; que del término *nacionalidades*, innovación en 1978 en la historia de las normas fundamentales españolas, y que ha exigido un proceso aplicativo requisitorio más estricto, en cuya “zona de certeza positiva” del área de aplicación de este concepto, más restringida, se

-
60. La STC 16/1984, de 6 de febrero, afirma: “en virtud de las disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro. Ello no obstante, y sin perjuicio del margen dejado a las peculiaridades y características de cada nacionalidad o región, la Constitución contiene una serie de preceptos y disposiciones referentes a la ordenación de este proceso de reestructuración territorial del Estado, de los que se excluye el principio dispositivo, fijando normas a las que los entes autonómicos así creados deben atenerse”. (*Fundamento Jurídico* 2o.). En el *Fundamento Jurídico* 3o., añade: “entre las diversas denominaciones que se hayan adoptado, para referirse a las Entidades territoriales que resultan de la aplicación del principio de autonomía de nacionalidades y regiones”.
61. En la “zona de certeza *positiva*” del área de aplicación del concepto de A) “regiones”, que es la zona segura de *inclusión* en este concepto de *casos* de la realidad, se ubica una amplia casuística, en la que se han utilizado fórmulas diversas, distinguibles en: fórmulas muy explícitas, meramente explícitas o implícitas. Son supuestos de A.1) “FORMULACIÓN *MUY EXPLÍCITA*”, los casos de Cantabria, art. 1.1 Estatuto de Autonomía de Cantabria (EAC): “Cantabria, entidad regional histórica”; Preámbulo: “El Presente Estatuto es la expresión jurídica de la identidad regional de Cantabria”. La Rioja, art. 1.1 EALR: “La Rioja, entidad regional histórica” y “asume el gobierno y la administración autónomos de la Región”. Región de Murcia, art. 1.1 EARM: “La provincia de Murcia, como expresión de su identidad regional histórica”; art. 1.2: “La Comunidad Autónoma... se denomina Región de Murcia”, y hasta nueve veces más en el Estatuto se reitera lo regional. Y Extremadura, art. 1.1 EAE: “Extremadura, como expresión de su identidad regional histórica” y “asume el ejercicio de su autogobierno regional, la defensa de su propia identidad y valores”. Son supuestos de A.2) “formulación *EXPLÍCITA*”, el caso de Castilla-La Mancha, art. 1.2 EACL: “La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es la institución en la que se organiza política y jurídicamente el autogobierno de la Región”. Y son supuestos de A.3) “FORMULACIÓN *IMPLÍCITA*”, que se ha determinado indirectamente por otras vías, como el proceso reglado de acceso al derecho de autonomía propio de las regiones, los supuestos de la Comunidad de Madrid, art. 1.1. EACM: “El pueblo de la provincia de Madrid, de acuerdo con la voluntad manifestada por sus legítimos representantes en el ejercicio del derecho de autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco del Estado español, que expresa la unidad indisoluble de la nación española”. Castilla y León, art. 1.1 EACYL: “Castilla y León, de acuerdo con la vinculación histórica y cultural de las provincias que la integran, se constituye en Comunidad Autónoma con arreglo a la Constitución y al presente Estatuto”. Principado de Asturias, art. 1.1 EAA: “Asturias se constituye en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y el Presente Estatuto”; art. 1.2: “La Comunidad Autó-

sítuan, en un primer momento aplicativo únicamente los casos de Euskadi, Cataluña y Galicia.⁶² Sin suponer ello excepcionalidad pues el término *nacionalidades* desde 1978 forma parte de la normalidad jurídico-política española.

Ahora bien, sin embargo, la aplicación y concreción del término *nacionalidades*, a través de la técnica que aporta la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, plantea ciertos problemas y no permite explicar bien ni en su integridad cómo se ha desarrollado el proceso de configuración del ordenamiento territorial de la democracia española. Me refiero, con carácter crítico, a la tesis de la “única respuesta correcta” que recoge E. García de Enterría de la doctrina alemana, según la cual la aplicación de un concepto normativo indeterminado solo puede ser observada por el operador jurídico

noma se denomina Principado de Asturias”. Aragón –en el momento inaugural de la autonomía–, art. 1 EAA: “Aragón, como expresión de su unidad e identidad histórica, accede a su autogobierno, de conformidad con la Constitución española y con el presente Estatuto”; cuya modificación a *nacionalidad* es prueba para no estimar el término constitucional *nacionalidades*, al igual que el de *regiones*, como un concepto “cerrado”. Canarias, EAIC –en el momento inicial– “Canarias, como expresión de su identidad y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de unidad de la Nación española, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto”. E Islas Baleares, art. 1 EAIB: “El pueblo de las Islas Baleares, como expresión de su identidad histórica y dentro de la unidad de la nación española, se constituye en Comunidad Autónoma, para acceder al autogobierno, de acuerdo con los principios y en el marco de y del presente Estatuto”. En la “zona de certeza *negativa*” del área de aplicación del término “regiones”, que es en este concepto la zona segura de *exclusión* de casos de la realidad, se ubican los de aquellas comunidades que se han determinado en su Estatuto a través del término *nacionalidades*. Y consecuentemente, a su vez están situados dentro del núcleo de certeza *positiva* de dicho término.

62. En la “zona de certeza *positiva*” del área de aplicación del concepto de B) “nacionalidades”, que es la zona segura de *inclusión* en este concepto de *casos* de la realidad, se ubican los casos de: B.1) Euskadi, art. 1 EAPV, que no ha estimado explícitamente en el articulado más definitorio de la personalidad comunitaria el criterio de “identidad histórica”, aunque sí a lo largo del Estatuto: “El Pueblo Vasco o Euskal-Herria, como expresión de su nacionalidad, y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma dentro del Estado español, bajo la denominación de Euskadi o País Vasco”. B.2) Cataluña (1.1 EAC): “Cataluña, como nacionalidad y para acceder a su autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma”, en cuyo preámbulo sí hace constar el “criterio constitucional de la *personalidad histórica*”: “La libertad colectiva de Cataluña encuentra en las instituciones de la Generalidad el nexo con una historia de afirmación y respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la persona y de los pueblos”. E incluso, estatutariamente equipara dicho criterio con el más moderno de la *identidad colectiva*: “El presente Estatuto es la expresión de la identidad colectiva de Cataluña”. Y en tercer lugar, B.3) Galicia, que normativiza en rango preferente el “criterio de personalidad histórica”, art. 1.1 EAG: “Galicia, nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma para acceder a su autogobierno”. En la “zona de certeza *negativa*” del área de aplicación del término “nacionalidades”, que es en este concepto la zona segura de *exclusión* de casos de la realidad, se ubican los de aquellas comunidades que se han determinado en su Estatuto a través del término *regiones*, y consecuentemente, a su vez están situados dentro del núcleo de certeza *positiva* de dicho término.

desde dos posiciones jurídicas: la de estimar la aplicación del concepto al caso concreto o la de no estimarla; siendo solo una de estas dos posiciones la única decisión del operador jurídico que debe considerarse *correcta y coherente* con el ordenamiento jurídico. Además, esta única decisión correcta debe poder ser siempre identificada, por muy difícil que ello pueda resultar, y como tal es asimismo siempre controlable por los tribunales. Timothy Endicott ha denominado como *principle of bivalence* a esta forma clásica de enfocar la indeterminación jurídica. Según este principio de la *bivalencia*, cada decisión del operador jurídico que resuelve la indeterminación o es verdadera o tiene que ser falsa.⁶³

Los problemas con el *principle of bivalence* surgen en los casos aplicativos de Andalucía, Comunidad Valenciana y Comunidad Foral de Navarra. Sostengo que en los dos primeros casos, la decisión de los operadores jurídicos no fue, como se podía esperar, resolver la indeterminación sino *conservarla*, generando una *aplicación indeterminada de conceptos indeterminados*,⁶⁴ eso sí, por los resultados vistos, aplicación suficiente como para desplegar todos los efectos jurídicos del art. 2 de la Constitución. De ahí que esta aplicación concreta de dicho artículo, que se ha producido pero sin embargo ha devenido indeterminada, sigue situando a estos dos casos en la “zona de penumbra” de dos conceptos constitucionales indeterminados, el de *nacionalidades* y el de *regiones*.⁶⁵ Y el tercer caso, el de Navarra, es, a

63. Véase, T. Endicott, *Vagueness in Law*, pp. 72-74 y 167.

64. En estos casos C) tampoco la vía de acceso a la autonomía ayuda a concretar, aun indirectamente, la determinación de la aplicación respecto de uno u otro término. En el caso de C.1) Andalucía, art. 1.1 EAA: “Andalucía, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho al autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, se constituye en Comunidad Autónoma, en el marco de la unidad indisoluble de la nación española, patria común indivisible de todos los españoles”. En el caso de C.2) la Comunidad Valenciana, Preámbulo del EACV: “Aprobada la Constitución española es, en su marco, donde la tradición valenciana proveniente del histórico Reino de Valencia se encuentra con la concepción moderna del País Valenciano, dando origen a la autonomía valenciana, como integradora de ambas corrientes de opinión que enmarcan lo valenciano en un concepto cultural propio en el estricto marco geográfico que comprende”; y art. 1.1 EACV: “El pueblo valenciano, históricamente organizado como Reino de Valencia, se constituye en Comunidad Autónoma, dentro de la indisoluble unidad de la nación española, como expresión de su identidad histórica y en el ejercicio del derecho de autogobierno que la Constitución reconoce a toda nacionalidad, con la denominación de Comunidad Valenciana”.

65. J. Igarua Salaverría, “El indeterminado concepto de ‘los conceptos indeterminados’”, pp. 151 y ss. Según este autor, habitualmente la zona de penumbra en el área de aplicación de un concepto no es tanto una *zona de duda* sino más bien una *zona de conflicto* con dos posiciones muy claras –que no dudan– por parte de los que quieren aplicar el concepto y los que no lo quieren aplicar. Distingue por ello entre el punto de vista interno de las partes directamente interesadas en el caso, para las que solo existen dos zonas a la hora de considerar la aplicación del conflicto, o sea, la zona de certeza positiva –la parte que desea aplicarlo– y negativa –la parte contraria que no desea aplicarlo–; y el

todas luces, peculiarmente indeterminado.⁶⁶ Se trataría en estos tres casos de lo que T. Endicott ha considerado *borderline cases* frente a los casos *claros*.⁶⁷ Por tanto, la idea esencial de todo *unbestimmter Rechtsbegriff* acerca de que la indeterminación del enunciado del concepto nunca significa una indeterminación de las aplicaciones del mismo,⁶⁸ no termina por verificarse para estos tres supuestos aplicativos de un término indeterminado en la Ley constitucional. Según T. Endicott, abordar la indeterminación del Derecho de esta forma *tradicional* a base del *principle of bivalence* constituye una manera engañosa de resolverla.⁶⁹ De modo que la técnica de la *única* solución *correcta y coherente* con el ordenamiento jurídico no ofrece, al menos en los tres *casos fronterizos* aludidos, una explicación jurídicamente satisfactoria de cómo se ha desarrollado todo el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que contiene el art. 2 de la Ley constitucional española.

Probablemente la técnica de la *única* solución correcta, como forma de resolver la indeterminación jurídica, devenga demasiado *rígida* para abarcar toda la complejidad que desarrollan los ordenamientos jurídicos modernos. Por varias razones:

- i) En primer lugar, porque esta técnica solo aprecia la indeterminación voluntaria del legislador y no la general de las normas jurídicas, que es donde se sitúa la textura abierta y dinámica del Derecho, fuente de su *complejidad* y factor asimismo de su conservación y *perdurabilidad*. Por eso el *principle of bivalence* no es una manera *suficiente* de resolver para *todos* los casos la indeterminación del Derecho.
- ii) En segundo lugar, porque es imposible que el legislador tenga conocimiento y prevea todas las posibles combinaciones de circunstancias que depara la rica realidad. Este hecho abre la puerta a un cierto grado de *discrecionalidad* en el Derecho —que es distinta a la *arbitrarie-*

punto de vista del observador, el operador jurídico, respecto del cual sí distinguiría tres zonas al valorar la aplicación del concepto: la zona de certeza positiva, la zona de certeza negativa y la zona de penumbra, en la que es éste el que duda en aplicarlo o no aplicarlo, no las partes.

66. (C.3) El caso de la Comunidad Foral de Navarra, sin duda, representa un caso peculiar a causa de su acceso al derecho de autonomía por una vía especial, la Disposición Adicional 1a. de la CE, art. 1 LRYARFN: “Navarra constituye una Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, indivisibles, integradas en la Nación española y solidaria con todos sus pueblos”.

67. Véase, T. Endicott, *Vagueness in Law*, pp. 95-97.

68. E. García de Enterría, “Potestades regladas y potestades discrecionales”, pp. 444-446.

69. Véase, T. Endicott, *Vagueness in Law*, pp. 74-75.

dad—, o sea, a las decisiones que son controlables, aunque lo sean solo a través del control de los razonamientos que las motivan.⁷⁰

- iii) En tercer lugar, porque el valor normativo y la eficacia directa de la Ley constitucional⁷¹ dificultan el mantener una versión *fuerte* de la tesis *dworkiniana* de separación radical entre *normas* y *principios*, a partir de que los principios también son tan directamente aplicables como las normas.⁷²

La forma de resolver la indeterminación jurídica que aporta el *principle of bivalence* recuerda, aunque no en un sentido técnico sino moral, a la de la *única* respuesta correcta que contiene la teoría jurídica de R. Dworkin,⁷³ sobre la base de que incluso en los casos difíciles y aun a través de la moralidad objetiva, el operador jurídico tiene siempre que resolver en el único sentido correcto del Derecho. Sin embargo, en mi opinión, en los casos problemáticos que aquí he observado, las nociones de *verdad* y *falsedad* desde las que se resuelve el *principio de la bivalencia*, habría que sustituirlas por la noción de *grados de verdad*.⁷⁴ Por lo que el principio de la verdad jurídica acaba presentándose más bien como el principio de la *aceptabilidad*. Y a

70. Véase, R. de Asís Roig, *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989; J. Igartua Salaverría, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998; y asimismo, Manuel Atienza, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 85, enero-marzo, 1995, pp. 5-26.

71. Véase, E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Madrid, Civitas, 1991.

72. Luis Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, pp. 51-52: "Quienes sostienen que, dentro del Derecho, existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural o morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión principios [...] y que nunca aparezca cuando utilizamos la expresión reglas. Si, por el contrario se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esta operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento o, como prefiere decir Alexy, en el lado activo y no en el lado pasivo del Derecho; reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas". Véase, asimismo R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. esp. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 173. Para un análisis acerca de las tesis de la separación fuerte y débil entre principios y normas, véase, Paolo Comanducci, "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21, vol. II, Universidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 93 y ss.

73. Véase, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. esp. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1995; y asimismo "Dworkin and Juridical Bivalence", en T. Endicott, *Vagueness in Law*, pp. 160 y ss.

74. J. J. Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, p. 114.

este respecto, es probable que las decisiones de aplicación del Derecho que resuelven su indeterminación, en cada caso particular, tenga carácter más gradual y menos bivalente de lo que pretende la técnica *clásica* de resolución de los conceptos jurídicos indeterminados.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, "Definiciones y normas", en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi, *El lenguaje en el Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. esp. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- *El concepto y la validez del Derecho*, trad. esp. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Ansuátegui Roig, F. Javier, "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", en *Sistema*, No. 158, 2000, pp. 93-114.
- Asís Roig, Rafael de, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, pról. de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- *Sobre el razonamiento judicial*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999.
- Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 85 enero-marzo, 1995, pp. 5-26.
- Bobbio, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor S.A., 1980.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, cuarta edición, 1998.
- CE: *Constitución Española*.
- Comanducci, Paolo: "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 21, vol. II, Universidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 93 ss.
- Delannoi, Gil, "La Teoría de la nación y sus ambivalencias", en G. Delannoi y P.A. Taguieff (comp.), *Teorías del nacionalismo*, Barcelona, Paidós, 1993.
- De los Mozos, José Luis, *Derecho Civil: métodos, sistemas y categorías jurídicas*, Civitas, 1988.

- De Lucas, Javier, “¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural”, en *Multiculturalismo y diferencia: sujetos, nación, género. Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 31, Granada, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1994, pp. 15-40.
- Del Real Alcalá, J. Alberto, “La pluralidad de lo nacional”, en Manuel Segura Ortega y J. Rodríguez-Toubes Muñiz (eds.), *Regiones, naciones y nacionalismos en el contexto final del siglo XX*, XIV Jornadas de Filosofía Jurídica y Política, vol. I, Santiago, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico da Universidad de Santiago de Compostela, 1994, pp. 41-61.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. esp. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1995.
- Endicott, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Entrena Cuesta, Rafael, “Art. 2º”, en *Comentarios a la Constitución*, F. Garrido Falla, y otros, segunda edición, Madrid, Civitas, 1985.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, cuarta edición, Madrid, Ediciones Sígueme, 1991.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Madrid, Civitas, 1991.
- “Potestades regladas y potestades discrecionales”, en *Curso de Derecho Administrativo*, E. García de Enterría, y T. R. Fernández, sexta edición, t. I, Madrid, Civitas, 1994, 1993, reimpr. 1994.
- “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 89, Civitas, 1996, pp. 69-89.
- Habermas, Jürgen, *Identidad nacional e identidad postnacional*. Madrid, Tecnos, 1989.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; trad. esp., *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hernández Marín, Rafael, “Definiciones en el Derecho”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XI, 1994, pp. 367-380.
- Herrero de Miñón, Miguel, *Derechos históricos y Constitución*, Madrid, Taurus, 1998.
- Igartua Salaverriá, Juan, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1998.
- “El indeterminado concepto de los ‘conceptos indeterminados’”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162.
- Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23, Uni-

- versidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 77-104.
- Ihering, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, vers. esp. de Enrique Príncipe Satorres, est. prel. de José Luis Moneo Pérez, Granada, Editorial Comares, 1998.
- Iturralde Sesma, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. esp. de R. J. Vernengo, séptima edición, México D.F., Editorial Porrúa, 1993.
- Leguina Villa, Jesús, "Las Comunidades Autónomas", en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, E. García de Enterría y A. Predieri (dirs.), segunda reimpresión de segunda edición, Madrid, Civitas, 1984.
- López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- López García, José Antonio y Del Real Alcalá, J. Alberto (edits.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- López García, José Antonio; Del Real Alcalá, J. Alberto; y Ruiz Ruiz, Ramón (edits.), *La Democracia a debate*, Madrid, Dykinson, 2002.
- López Guerra, Luis y otros, *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LRYARFN: Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.
- Moreso, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance y la intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa*, Madrid, Tecnos, 1993.
- Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1986.
- *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- *Ética, poder y derecho: reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., 1995.
- Pérez Tremps, Pablo, "La organización territorial del Estado", en *Derecho Constitucional*, L. López Guerra, y otros, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- Prieto de Pedro, Jesús, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados / Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

- Prieto Sanchis, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.
- Redondo, María Cristina, "Teorías del Derecho e indeterminación normativa", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 20, Universidad de Alicante / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 177-196.
- Saavedra, Modesto, *Interpretación del derecho e ideología. Elementos para una crítica de la hermenéutica jurídica*, Universidad de Granada, 1978.
- *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, México D.F., Fontamara, 1994.
- Sánchez Agesta, Luis, *Sistema político de la Constitución de 1978. Ensayo de un sistema (diez lecciones sobre la Constitución de 1978)*, quinta edición, Madrid, Edersa, 1987.
- Sáinz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- Schmidt-Salzer, Joachim, *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1968.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional de España.
- Tomás y Valiente, Francisco, "El desarrollo autonómico a través del Tribunal Constitucional", en *Historia 16, La España de las Autonomías. Balance polémico*, No. 200, diciembre 1992.
- Torres del Moral, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, tercera edición, Madrid, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1992.

Estatutos de autonomía

EAA: Estatuto de Autonomía de Andalucía.

EAA: Estatuto de Autonomía de Aragón.

EAA: Estatuto de Autonomía de Asturias.

EAC: Estatuto de Autonomía de Cantabria.

EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña.

EACLM: Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

EACYL: Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

EACM: Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

EACV: Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

EAE: Estatuto de Autonomía de Extremadura.

EAG: Estatuto de Autonomía de Galicia.

EAIB: Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares.

Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley constitucional. El término...

EAIC: Estatuto de Autonomía de las Islas Canarias.

EALR: Estatuto de Autonomía de La Rioja.

EAPV: Estatuto de Autonomía del País Vasco.

EARM: Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia.

El posicionamiento del Derecho internacional y la gravedad de la jurisprudencia en el orden comunitario

Apuntes sobre la posible creación de un tribunal de justicia supranacional en el Mercosur

José Javier Villamarín*

La actualidad de los procesos de integración económica ha incentivado la elaboración de trabajos de toda complejidad en una materia cuyo eje central gira en torno a lo político y económico. Como se sabe, la cuestión se inscribe en una nueva estructura de las relaciones internacionales, donde las fronteras del Estado-nación propias de los siglos XVIII y XIX, se desdibujan en provecho de la conformación de espacios más amplios. En nuestra literatura el caso particular de la Unión Europea que es el modelo más conocido, presenta un complejo desarrollo político, social, económico y jurídico desde los respectivos "Estados de Derecho" que el Derecho Derivado y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo han sabido construir. Desde esta perspectiva, en esta investigación se ensayarán algunas reflexiones sobre la evolución del proceso europeo de integración, atendiendo en primera instancia a sus antecedentes históricos y construcción jurídica, para después ingresar al análisis de lo que es el Mercosur, su sistema de solución de diferencias y a *posteriori*, concluir con algunas consideraciones a propósito de la posible creación de un tribunal de justicia supranacional.

FORO

En el mundo globalizado ha aumentado significativamente el número de países y agentes económicos que participan en la economía mundial. El surgimiento de nuevos centros industriales y tecnológicos viene a reforzar las zonas de prosperidad y seguridad (USA, Japón y la UE) mientras que los países y empresas de menor porte buscan su propio espacio, amenaza-

* Experto en temas de Derecho comunitario.

dos por las estrategias de las grandes corporaciones y sus alianzas comerciales (Abreu, 2001: 16-18).

Puede afirmarse que ningún Estado, ni siquiera los más poderosos, están en condiciones de manejarse con total autonomía. La interdependencia ha sustituido a la autarquía y, por lo tanto, los procesos de comercialización de bienes y servicios adquieren alcance global, al impulso de los cambios tecnológicos y la internacionalización de las corrientes financieras.

Este marco plantea a cada sociedad el desafío de encarar su política de desarrollo económico en un contexto internacional ampliado y diversificado. Por lo tanto, en particular los países en desarrollo deben analizar de qué grado de libertad de elección disponen, para llevar a cabo sus respectivos proyectos nacionales.

El principio de soberanía del Estado-nación se ha venido modificando, con mayor intensidad cuando se trata de países de ubicación periférica y sin mayores posibilidades de incidir en las orientaciones de la economía y del comercio internacional. Ello nos lleva a reconocer las ventajas que involucra el proceso de integración. Estos son parte de la respuesta de los países, ya que todos, los más desarrollados y los menos desarrollados, se incorporan a bloques comerciales para articular mecanismos ofensivos y defensivos que les permitan ubicarse mejor, política y económicamente, dentro del mundo globalizado.

Así, los intereses de esos procesos de integración pueden ser tanto económico-comerciales como políticos, pero todos convergen en el objetivo de incrementar el comercio, las inversiones y el desarrollo de determinada región, usando como instrumento la disminución o eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias.

Es decir, los fenómenos de globalización y regionalización, si bien con propósitos diferentes, convergen en la creciente apertura de mercados y la mayor movilidad del capital. Los bloques regionales, aunque tengan un carácter defensivo, no han impedido la ampliación del comercio interregional o global (Reis da Silva, 2001: 139).

La UE, el NAFTA, el TLCA (Tratado de Libre Comercio Asiático), la CAN (Comunidad Andina), el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), el Mercosur y otros tantos proyectos regionales se integran a un escenario en el que los miembros de cada proceso de integración deben atender en forma simultánea sus obligaciones regionales y nacionales dependiendo, obviamente, del grado de integración que el bloque haya alcanzado. Así, la UE es el esquema de integración más avanzado; otros, en cambio, se

mantiene a nivel de zona de libre comercio, mientras el Mercosur se encuentra en un estado intermedio –unión aduanera imperfecta– que impone la necesidad de definiciones político-institucionales.

En este punto cabría preguntarse si el perfeccionamiento de los mecanismos de solución de diferencias podría constituirse en un instrumento eficaz, para avanzar en la consolidación del proceso de integración; y en segundo lugar, si la construcción de un órgano jurisdiccional supranacional respondería oportuna y pertinentemente a la necesidad de armonizar las asimetrías constitucionales, jurisprudenciales, y doctrinarias que existen entre los miembros, tanto en la aplicación de su derecho derivado como originario. Ello, lógicamente sin pretender hacer un simple ejercicio de emulación mediante trasplantes automáticos de estructuras y experiencias que se viven en otros esquemas de integración.

UNIÓN EUROPEA. ESBOZO HISTÓRICO

Sin perjuicio de las viejas raíces históricas de la “idea europea”,¹ se piensa que las primeras referencias del proceso de integración europeo (C.E.C.A., C.E. y C.E.E.A. o EURATOM), tienen sus albores en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, destacándose el movimiento *Unión Paneuropea*, fundado en 1924 por el Conde Coudenhove-Kalergi, y la propuesta de creación de “una especie de vínculo federal” entre los estados europeos, presentada en 1929 por el francés Aristide Briand²

-
1. Desde el fin de la Edad Media y a lo largo de la época moderna, se elaboraron proyectos de organización entre los estados europeos con el objetivo de “hacer reinar la paz”. Varias fueron las propuestas, a título de ejemplo, destáquense entre ellas la del abogado francés Pierre Dubois (S. XIV), la del Rey de Bohemia, Georges de Podebrady (1464) y la del inglés William Penn –fundador y legislador de Pensilvania, cuya Constitución sería considerada como modelo por los fundadores de los Estados Unidos de Norteamérica–, quien publicó en 1693 un documento sobre la paz en Europa en el cual preconizó la institución de una *diète européenne* compuesta de representantes de los estados en número proporcional a la importancia demográfica y económica de cada uno de ellos. Se destaca también el trabajo de Saint Pierre (1713) y el “plan de paz perpetua” presentado por el filósofo alemán Immanuel Kant, favorable a que el derecho de gentes esté fundamentado sobre una “federación de Estados libres” (1795). Pierre Gerbet, *La Construction de l'Europe*, Paris, Imprimerie Nationale, 1983, pp. 14-17. Immanuel Kant, *La Paz Perpetua*, trad. del alemán por Baltazar Espinoza, Madrid, Editorial Aguilar, 1967, pp. 24, 58 y ss. Sobre Kant y su pensamiento, véase también: Franco Amerio, *Historia de la Filosofía*, cuarta edición, Madrid, Central Catequística Salesiana, 1965, pp. 344 y ss.
 2. A la sazón ministro de Asuntos Exteriores de Francia. Miguel Antonio Vasco, *Diccionario de Derecho Internacional*, décima octava edición, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, pp. 334 y 255.

en la Sociedad de Naciones y finalizada posteriormente en el proyecto de erección de una “Asociación Europea” aunado en el memorando de 10 de mayo de 1930.

No obstante, hasta después de la Segunda Guerra Mundial, los proyectos europeístas habrían de desplegar una gran actividad,³ tal es el caso de la constitución de la O.E.C.E. en 1948, a propósito de la administración de la ayuda económica estadounidense (Plan Marshall). Sin embargo, el acontecimiento de mayor trascendencia en la integración europea es el Congreso de La Haya, celebrado del 7 al 10 de mayo de ese mismo año. De este Congreso “no gubernamental” emergería el impulso necesario para la creación del Consejo de Europa, cuyo Estatuto se firmaría el 5 de mayo de 1949 en Londres.

En este Congreso dos enfoques divergentes acerca de la Unión Europea se definieron con claridad: por un lado, quienes bregaban por una *cooperación intergubernamental* —a través de instituciones permanentes— que no afectasen la soberanía de los estados —proyecto funcionalista—; y por otro, quienes se inclinaban a favor de la integración federal, llegando incluso a proponer la convocatoria a una Asamblea Constituyente Europea.

El Consejo de Europa, pese a las novedades institucionales conseguidas por los “federalistas”, afloró como resultado de la primera orientación, ora por la debilidad de sus medios, ora por la actitud de Gran Bretaña manifiestamente contraria a la creación de cualquier tipo de nexo federal efectivo; factores que determinaron la aparición de un núcleo geográfico de integración más intenso: *Europa de los Seis*,⁴ manifiesta en la célebre Declaración del ministro francés de Relaciones Exteriores Robert Schuman, del 9 de mayo de 1950, proponiendo situar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una “Organización abierta a la participación de los demás países de Europa”.⁵

3. La aceptación europea de “las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial” —*ospolitik*— podría ser interpretada como una alianza estratégica hacia los Estados Unidos, empero, el propósito fundamental redundaba en el afianzamiento de una personalidad propia distinta tanto de Moscú, como de Washington. Horacio Artaga, *La Confrontación Este-Oeste: Una visión sobre la situación estratégica mundial*, Caracas, Editorial Pomaire, 1989, p. 29.

4. Gil Rodríguez Iglesias, en Manuel Díez de Velasco, *Las Organizaciones Internacionales*, décima edición, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1997, pp. 472-473. Énfasis añadido.

5. El texto completo de esta Declaración véase en: Antonio Trujol y Serra, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1972, pp. 104 y ss. Es de recordar que el anhelo de posesión de tierras generosas en estos minerales había sido precisamente la causa de dos conflictos mundiales. Galo Yépez H., *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*, No. 311998, p. 70.

El Tratado de París del 18 de abril de 1951 –*Tratado Ley*⁶ que entró en vigencia el 23 de septiembre de 1952–, condujo a la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), conformada por Francia, República Federal de Alemania, Bélgica, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.⁷

Antes de la entrada en vigor del Tratado de la CECA,⁸ el presidente del Consejo de Ministros francés, René Pleven, presentó un proyecto que sirvió de base para la firma de un Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa (CED) que preveía la creación de un ejército europeo. Más tarde, entre septiembre de 1952 y marzo de 1953, una asamblea *ad hoc* presenta un proyecto de *Estatuto de una Comunidad Política Europea*. Ambos proyectos quedaron frustrados al no ser ratificado por el Parlamento francés.

No obstante, en la reunión de Messina de junio de 1955, los ministros de Asuntos Exteriores de “los Seis” le dieron un nuevo incentivo a la construcción comunitaria, conocido como la *relance européenne* al decidir crear un comité intergubernamental de expertos, encargado de estudiar las alternativas para establecer un Mercado Común General,⁹ lo cual se cristalizaría a la firma del *Tratado de Roma* del 25 de marzo de 1957, por el que se crea la

-
6. Porque regula pormenorizadamente la producción y comercialización del carbón y del acero. Véase, José Carlos Moitinho de Almeida, “Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos”, seminario internacional organizado por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena / Comunidad Europea / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1995, p. 31. Véase también, Miguel A. Vasco, p. 397 *infra*. El subrayado es nuestro.
 7. Comunidades Europeas, *Europa en movimiento. ¿Cómo funciona la Unión Europea?*, Bruselas, s.e., 1998, pp. 6-7. Silvina Barón Knoll de Bertolotti, “Administración y Gobierno del Mercosur. Su análisis a partir del Derecho Comunitario y del Protocolo de Ouro-Preto”, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1997, p. 2.
 8. Dicho tratado permitió además establecer las bases de la arquitectura comunitaria al crear una “Alta Autoridad”, denominada en lo sucesivo (la Comisión); una Asamblea Parlamentaria, (el Parlamento Europeo); un Consejo de Ministros (el Consejo); un Tribunal de Justicia y un Comité Consultivo que asista a la Comisión. El 23 de julio de 2002 caducó el tratado, de manera que a su fecha de extinción, la Comisión dio a conocer una serie de propuestas con las que tiene previsto asumir la responsabilidad tanto de I+D (Investigación y Desarrollo) como de financiación de la CECA. El plan propone que todos los activos y pasivos se transfieran a la Comisión y que sean administrados de forma independiente atendiendo al *objetivo original* de fortalecer la competitividad, el crecimiento y el empleo de las industrias del carbón y del acero. Para lo que sería necesario: la *libre circulación* de productos y el libre acceso a las fuentes de producción; la *vigilancia permanente del mercado* para evitar disfunciones que hicieran necesarias cuotas de producción; el respeto de las reglas de competencia y de la *transparencia de precios*; y, el apoyo a la modernización del sector y a la reconversión. Véase: <http://www.dip-badajoz.es/eurolocal/estxt/eu/origenes/tceca.htm>.
 9. Gil C. Rodríguez Iglesias, p. 474. El énfasis es nuestro. Véase también: *Europa en Movimiento*, pp. 6-7.

Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM) que entraron en vigor el 1 de enero de 1958.¹⁰

Las Comunidades Europeas, que si bien son distintas pues cubren aspectos diferentes, cuentan con una misma estructura jurídico institucional y se hallan conformadas por los mismo estados, que en inicio fueron seis y desde mayo de 2004 son 15, con un total de 380 millones de ciudadanos.¹¹

Como es de notar, la destrucción de Europa Occidental luego de la Segunda Guerra Mundial, la dejó abstraída en una profunda crisis económica –sellada también por la inestabilidad política y el escepticismo en materia de defensa–, suceso que permitió dar impulso a la formación de un nuevo derecho en la comunidad internacional: el “Derecho de Integración”, distinto del Derecho internacional clásico y del Derecho interno de los estados.

DERECHO INTERNACIONAL Y NORMA JURÍDICA COMUNITARIA

Con el nacimiento de las Comunidades Europeas en la posguerra –puediendo considerarse precedentes como el Zollverein en 1833 y la Unión Belgo-Luxemburguesa en 1921– surge también un “Derecho de la integra-

10. El Tratado de Roma se distingue del Tratado de creación de la CECA, en cuanto su naturaleza es la de un “Tratado Marco”: La complejidad de las cuestiones que debían resolverse en beneficio de la integración pretendida obligó a la creación de un marco institucional, dotado de las competencias y principios necesarios que regularan su acción. J. Moitinho, pp. 31-2. Según Vasco, p. 410, “En los foros internacionales y en el lenguaje diplomático corriente, se habla actualmente de un ‘tratado marco’ para aludir a un instrumento matriz del cual emanan otros conexos. Sería el caso de la negociación de acuerdos bilaterales a la luz de un tratado multilateral: como por ejemplo, entre los Estados partes en el Tratado de Cooperación Amazónica”.

11. En 2004 se unirán a la UE diez países más, principalmente de Europa Central y Oriental. Bulgaria y Rumania probablemente se unirán en 2007, con lo que la población total de la UE ascenderá a casi 500 millones. Turquía es también un país candidato y podría unirse cuando cumplan todas las condiciones para la adhesión. Para adherirse a la UE, un país debe tener una democracia estable que garantice el Estado de Derecho, los derechos humanos y la protección de las minorías, y una economía de mercado, así como una función pública capaz de aplicar y gestionar las normas de la UE. La UE proporciona considerable ayuda financiera y asesoría para ayudar a los países candidatos a prepararse para la adhesión. Esta cooperación sin precedentes ha reportado beneficios a los ciudadanos de los actuales estados miembros y de los futuros estados miembros. La próxima ampliación es la más ambiciosa que se ha producido nunca en la Unión Europea. Nunca antes se han adherido a la UE tantos países nuevos, ni se ha crecido tanto en términos de superficie y población, ni se ha abarcado tantas historias y culturas distintas. Esta oportunidad histórica unirá al continente europeo, consolidando la paz, la estabilidad y la democracia, y permitiendo a sus pueblos compartir los beneficios del progreso y el bienestar generados por la integración europea. Véase: http://europa.eu.int/abc/index2_es.htm#enlargement.

ción” que va adquiriendo autonomía, consolidándose como Derecho comunitario, como un “plexo normativo” regulador de estos procesos, un derecho *sui generis* que se nutre del Derecho internacional, al ser éste aplicado a los instrumentos internacionales que dan vida al ente comunitario, para luego adquirir características propias que lo diferencian del Derecho internacional.¹²

De aquí que, *ad litteram*, se puede colegir que el Derecho internacional se sitúa en:

...la base misma de derecho de integración ya que en sus dominios se negocian, perfeccionan y cumplen los tratados fundamentales de la comunidad. El Derecho de Integración, sin embargo, trasciende este marco jurídico, puesto que la formación de la comunidad implica la creación de un nuevo centro de decisiones con dinamismo propio, en procura de objetivos remotos que son compartidos por los Estados miembros, distintos de los particulares o propios, aunque no por ello ajenos.¹³

Esto quiere decir dos cosas: por un lado, –tal como el Tribunal de Justicia ha reconocido–, el Derecho comunitario se encuentra subordinado al Derecho internacional que vincula a la Comunidad –pese a no estar muy bien definidos los criterios determinantes de la eficacia concreta de una norma jurídica internacional en el ámbito comunitario–,¹⁴ y por otro, cada esquema de integración tiene sus peculiaridades que en la práctica se manifiestan en un *derecho de integración particular*, que obedece a la idiosincrasia y modalidades propias de los países integrados, que sin duda se refractan en las intenciones esgrimidas para el proyecto y en los recursos escogidos para su consecución (Boldorini: 1995: 77).

Dentro del Derecho internacional, la relación entre los estados es tangencial o circunstancial. En aquel se restringe el poder soberano de los estados de manera taxativa y casuística, en relación con asuntos previamente definidos y delimitados, mientras que en el derecho comunitario se opera una *transferencia* aunque parcial de soberanía en materias muy amplias a medida que avanza el proceso. Por ello, se ha dicho que el derecho comunitario

12. María Cristina Boldorini, “La estructura institucional del Mercosur después del Protocolo de Ouro-Preto”, en: *Boletín Informativo Techint*, No. 283, julio/septiembre de 1995, p. 77.

13. Fernando Uribe R., *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 62. El énfasis es nuestro.

14. Gil C. Rodríguez Iglesias, p. 551.

está a mitad del camino entre el derecho internacional y el derecho constitucional federativo. (Uribe R., Fernando, 1990: 62. Énfasis anotado).¹⁵

Ahora bien, existe una tendencia a homologar el derecho de la integración con el derecho comunitario, por la influencia que ha ejercido la doctrina de los autores europeos en la conformación de lo que hoy conocemos como Unión Europea, pues en este esquema existen ciertas características que no se han extendido a otros procesos de integración,¹⁶ de tal suerte, que el derecho comunitario europeo constituye un ordenamiento jurídico autónomo,¹⁷ en el que se consolidó un sistema jurídico supranacional caracterizado por tres elementos:

- a) La incorporación inmediata a los ordenamientos nacionales de las normas Comunitarias.
- b) La primacía sobre los derechos nacionales.
- c) El efecto directo sobre los particulares.

EFEECTO DIRECTO DEL DERECHO COMUNITARIO

El derecho comunitario, al tener la capacidad de crear derechos y obligaciones a los particulares de los estados partes, está dotado de efecto directo (Moitinho, 1995: 38), los mismos que los “órganos jurisdiccionales internos deben salvaguardar”, y no requieren de “ninguna normatividad complementaria de los órganos estatales” (Rodríguez, l: 1997: 553).

La sentencia recaída en el asunto *Van Gend and Loos* (5 de febrero de 1963 26/62, Rec. 1963, p. 3)¹⁸ relativa a la cláusula de *standstill* (no aumen-

-
15. A decir de Vasco, p. 391, esta “transferencia de la facultad de tomar decisiones, en aspectos acordados, de las partes de un sistema al organismo central”, es lo que se conoce como *supranacionalidad*. Patricio Bueno M., “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en Memoria del seminario internacional “Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios”, La Paz, Sucre, 19-20/agosto de 1996; pp. 95-96, señala que la supranacionalidad estará direccionada al funcionamiento de un tribunal común en el que ha de conjugarse el principio de autonomía institucional con un reparto funcional de competencias entre el juez nacional y el juez comunitario, particularmente en el caso de la interpretación prejudicial. Sobre esta última cuestión.
 16. Boldorini, p. 77, dice que entre ellas podríamos distinguir “la explicitación de la validez jurídica y vigencia en los países de los actos de los órganos”, el “control de la legalidad e interpretación de la norma comunitaria” a cargo del Tribunal de Luxemburgo, entre otras.
 17. Rocco, *Principi di diritto Commerciale*, Bruselas, s.e., 1961, p. 74.
 18. Silvina Barón Knoll, pp. 91-92. Sentencia 26/62, Rec. 1963, p. 3: el Tratado de la CCE “... constituye algo más que un acuerdo que se limitará a crear obligaciones nuevas entre los Estados miem-

to de la imposición aduanera durante el período de transición) del Tratado de la Comunidad Europea determina que las disposiciones —del Tratado— que sean “claras y precisas”, “incondicionales y completas” confieren derecho a los particulares quienes pueden invocarlas, no solo frente a las autoridades públicas nacionales, sino también frente a otros particulares (efecto directo, vertical y horizontal).¹⁹

En lo que atañe al derecho internacional que vincula a las Comunidades, también se reconoció el efecto directo, no solo en cuanto a las disposiciones relativas a acuerdos comerciales,²⁰ sino también respecto de las decisiones de los órganos creados en el marco de acuerdos de asociación, tal es el caso del acuerdo que vincula a la Comunidad Europea con Turquía.²¹

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Esta figura nace del conflicto que se suscita por la aplicación simultánea de dos ordenamientos jurídicos —derecho comunitario y derecho nacional— que norman sobre una misma materia y en un mismo territorio.

Ante este problema, uno de los ordenamientos debe prevalecer, así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, el cual, en su jurisprudencia elaboró el mencionado principio.

Huelga considerar su aplicación en el derecho comunitario andino: Proceso No. 2-IP-88:

bros”, que los estados “han reconocido al derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones”. La CCE, “constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales”.

19. Manuel Díez de Velasco, p. 554: efecto directo vertical (invocado por los particulares frente al Estado); efecto directo horizontal (invocado por un particular frente a otro).

20. Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg* (104/81, Rec. 1982, p. 364). A guisa de ilustración, se podría agregar que el T.J.C.E. ha considerado que las disposiciones de los tratados internacionales concluidos por la Comunidad Europea tienen *efecto directo* si instituyen una obligación clara, precisa e incondicional, y además si los términos, el objeto y la naturaleza del acuerdo en su conjunto le confiere a éste aptitud para que sus normas originen efecto directo (este no es el caso del G.A.T.T., según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo), véase Gil C. Rodríguez, 1997, p. 552.

21. Cfr. sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince* (C-192/89, Rec. 1990, p. 1629) citada por Moitinho, p. 39.

2. Efecto de la Norma Comunitaria sobre la Norma Nacional: En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa / ENEL de 15 de junio de 1964 y Simenthal de 9 de marzo de 1978).²²

Una norma común goza de esta característica cuando adquiere automáticamente el carácter de *derecho positivo*²³ en el ordenamiento interno de los estados sin necesidad de que estos dicten normas de “incorporación”, “recepción” o “transposición” para darle efectividad dentro de su territorio. (Barón Knoll, 1997: 93).²⁴

La efectividad de este principio depende de su puesta en práctica por los jueces nacionales, ante los cuales se suscitan los conflictos entre normas internas y comunitarias.²⁵

En suma, mientras el efecto directo ofrece la contingencia de que la norma común genere derechos y obligaciones que los particulares pueden invocar ante sus jurisdicciones, la “aplicación directa” implica una inclusión inmediata en el ordenamiento jurídico de los estados, sin necesidad que estos acudan a una figura especial para su inclusión.

22. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, tomo I, 1984-1988, Buenos Aires, 1994. Publicación No. 420. Recopilación: Galo Pico Mantilla, pp. 141-142. Los énfasis son de nuestra parte. Los fallos antes citados y el de *Van Gend and Loos*, se encuentran también en: Moitinho de Almeida, p. 39; Gil C. Rodríguez, p. 554; Silvina Barón Knoll de B., pp. 97-98.

23. Dicese del derecho vigente; “conjunto de leyes no derogadas y las costumbres imperantes”. Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997, p. 123.

24. Los argumentos en los que se basa el principio de primacía son: “a) Los caracteres y objetivos de las Comunidades, a las que los Estados han transferido determinadas atribuciones que llevan consigo la consiguiente limitación de la competencia estatal. b) El carácter obligatorio y directamente aplicable de los reglamentos conforme al artículo 189, párrafo segundo T.C.E., disposición que carecería de sentido si tal eficacia pudiera ser anulada por actos unilaterales de los Estados. c) La obligación de los Estados miembros de abstenerse de cualquier medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos comunitarios, obligación establecida en el artículo 5 párrafo segundo, T.C.E. (disposiciones equivalentes de los otros Tratados)”, en Manuel Díez de Velasco, p. 554.

25. Roberto Salazar M., y Henríque Farías, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en seminario internacional, La Paz, Sucre, 19-20/agosto de 1996, pp. 95-96.

FUENTES Y JERARQUÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

La exposición referente a este tema debe iniciarse a partir de la distinción elemental entre derecho primario u originario (tratados constitutivos) y derecho secundario o derivado (actos normativos de los órganos comunitarios).

DERECHO ORIGINARIO

Los tratados constitutivos de las comunidades, sus protocolos y anexos, y los tratados modificatorios, especialmente el *Tratado de la Unión Europea* y el *Acta Única Europea*, constituyen el derecho comunitario primario u originario, que ocupa el primer lugar de jerarquía de las fuentes. Las competencias del Tribunal de Justicia Europeo –tal como afirma Rodríguez Iglesias–, le permiten controlar la legalidad comunitaria y “garantizar la supremacía de este derecho originario”.²⁶

Los tratados constitutivos de las comunidades son formalmente instrumentos jurídico-institucionales clásicos –considerados desde su contenido–, mas no se puede dejar de considerar ciertos elementos particulares:

- a) Son interestatales: al establecer derecho y obligaciones entre las partes contratantes.
- b) Son constitucionales: en la medida en que crean instituciones, atribuyen competencias, determinan principios y establecen objetivos fundamentales; de aquí que, el *Tratado de la Comunidad Económica Europea*, “... aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de derecho”. (Dictamen 1/91 Rec., 1991, p. I-6102).
- c) Son legislativos: al establecer reglamentaciones generales de determinadas materias.²⁷

26. Véase, Gil Rodríguez, p. 543. Silvina Barón de Knoll, p. 78, en *strictu sensu*, afirma, que los antedichos instrumentos constituyen la “ley suprema sobre la cual reposa el resto del ordenamiento comunitario, y contienen los principios jurídicos fundamentales sobre los objetivos de las comunidades, como también sobre la organización y el funcionamiento de las instituciones, sus competencias y los poderes comunitarios”.

27. Gil Rodríguez I., pp. 543-547, lo expuesto no implica que dentro de los tratados existan tres escalafones de principios recíprocamente excluyentes, sino que las características anotadas pueden confluir conjuntamente en una misma norma.

DERECHO DERIVADO

Son “las normas jurídicas de la actividad comunitaria”, es decir, aquellas a través de las cuales se expresan los órganos comunitarios.²⁸

Además de estos dos tipos de normas se han de considerar:

- a) Los convenios complementarios entre los estados miembros;
- b) las decisiones de los representantes de los gobiernos de los estados;
- c) la costumbre;
- d) los principios generales de Derecho;
- e) la jurisprudencia; y,
- f) el derecho internacional general como “fuente” del derecho comunitario. (Gil Carlos Rodríguez I., 1997).

LA CONSTITUCIÓN DEL MERCOSUR²⁹

Acto seguido de las positivas gestiones de acercamiento, realizadas por los presidentes de la República Argentina, Raúl Alfonsín y el de la República Federativa del Brasil, José Sarney, comenzó a superarse la tradicional y casi permanente situación de conflicto entre ambos países, refractada, particularmente, en los acuerdos firmados por ambos presidentes en los años 80, el Tratado de Foz de Iguazú (1985). La voluntad política tuvo continuidad en las presidencias de Carlos Menem y Fernando Collor de Mello. En consecuencia, el programa de integración se formalizó con la anexión de las Repúblicas del Paraguay y Oriental del Uruguay, el 26 de marzo de 1991 en el *Tratado de Asunción* que instituyó el Mercado Común del Sur.

La conjunción de los cuatro países, en la nueva estructura jurídica, prometía un desarrollo auspicioso puesto que allende las asimetrías de los estados partes, sean de orden geográfico, económico o demográfico, poseen una semejante realidad sociológica, histórica y lingüística. El predominio de las

28. Dichas normas son: reglamentos, actas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, estando frecuentemente dotadas de un sentido general y abstracto. A mayor abundamiento, véase, Silvina Barrón de Knoll, pp. 79-87; también el art. 189 del Tratado de la Comunidad Europea.

29. Este apartado se fundamenta en el trabajo de la profesora Ada Lattuca, “¿Por qué el Mercosur?, en *Revista de la Administración Municipal de Rosario*, serie Comentarios y Doctrina, No. 9, noviembre de 2003.

culturas ibéricas en faz de colonización en los países que lo integran fue similar.

El movimiento independentista surge casi contemporáneamente. Luego, la fascinación europeizante se introdujo en los cuatro países aunque con distintas variaciones. La quiebra institucional con la irrupción de pronunciados golpes de Estado fue un hecho común en todos ellos, siendo desde la década de los años ochenta la democratización un denominador común. Como elemento colateral y no menos importante, se debe considerar la amplia política inmigratoria, iniciada a partir de mediados del siglo XIX bajo la impronta del signo de gobiernos liberales que aportó “oleadas” humanas en proporciones fantásticas, particularmente en Argentina y Brasil.

Además, los cuatro países abrevaron sus respectivas jurisdicciones de la tradición jurídica romano-germánico; en la etapa de codificación las experiencias provinieron en gran parte de la rama francesa, y fueron intercambiadas al punto que Argentina y Paraguay tuvieron el mismo Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield.

De esta manera, la experiencia “mercosureña” se sumaba así a anteriores intentos que desafortunadamente no lograron completar los objetivos propuestos.³⁰ Quizás por ello, en algunos sectores comenzó a cundir cierta aprehensión sobre su futuro. No obstante, a medida que el mercado común con sus 12 millones de km² de superficie –que supera ampliamente a los demás sistemas integrados, excepto al NAFTA con 21 251 915 km²– y una población que sobrepasa los 200 millones, aportó un mercado consumidor de gran envergadura, un potencial demográfico que representa el 50 por ciento de toda América Latina y el Caribe juntos,³¹ desarrolló aceleradamente un febril comercio intra y extra zona, de suerte que el “merco optimismo” se manifestó evidente en los circuitos económicos y financieros. Sus resultados, globalmente favorables abrieron camino para la inserción de la economía de sus estados parte en forma activa y dinámica, sea para formalizar acuerdos con otros bloques integrados o con organismos internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC).

En los primeros años de la década de los 90 el comercio crece en más de 100 por ciento, aunque Argentina no fue el país más favorecido, excepto en

30. Nos referimos a las creaciones más cercanas en el tiempo al Mercosur tales como: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, ALALC (1960), y a la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI (1980).

31. En 1996 la superficie aumentó con la anexión de Bolivia y Chile en calidad de “asociados”.

la industria automotriz, regida entonces por un protocolo de equilibrio sectorial intra-industrial, el resto de los factores de expansión estuvo ligado a la producción y venta de bienes primarios con menor valor agregado que el de Brasil. Es sabido que el avance del Mercosur depende en buena parte de la relación entre los socios mayores. Esta relación hasta la actualidad configura el centro del proceso de integración, como lo fue en la Unión Europea la vinculación franco-germana.

Finalmente, y hay que señalarlo, esta corriente de optimismo tuvo gran incidencia en el sector académico y de investigación, así numerosos congresos y encuentros de especialistas se están promocionando desde las universidades y los centros científicos con una excelente producción.

SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

El sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur es una fórmula creada con carácter provisorio. (Dreyzin de Klor, 1995: 1195).

El *Tratado de Asunción*, en su Anexo 3, presenta una secuencia en la institucionalización del esquema de solución de controversias. El primer numeral del Anexo establece un sistema que prevé su posterior reemplazo por otro que regiría durante el “período de transición” (segundo numeral). Como un tercer paso, definitivo, antes del 31 de diciembre de 1994 (fecha en que quedaría conformado el Mercado Común), sería adoptado un “Sistema Permanente de Solución de Controversias”. El objetivo de establecer este sistema “permanente” fue reafirmado por el art. 34 del *Protocolo de Brasilia* y el art. 44 del *Protocolo de Ouro Preto* (POP) y 53 del *Protocolo de Olivos*.

Así, en cumplimiento del mencionado segundo numeral se adopta el *Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias* para la etapa de transición, suscrito el 17 de diciembre de 1991. El mismo entró en vigor el 24 de abril de 1993, y es el que rige actualmente hasta tanto los estados parte ratifiquen el *Protocolo de Olivos*.

El POP en cierta manera completó el sistema con el “Procedimiento general para reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mercosur”. Con posterioridad se firmaron otros protocolos en materia de derecho procesal internacional, como por ejemplo, el *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual*.

El 29 de junio de 2000, los estados miembros del Mercosur, con el obje-

tivo de “depurar las deficiencias de la unión aduanera y profundizar la integración regional”,³² definieron el denominado “relanzamiento” del Mercosur.

Como resultado de tal tarea se cristalizó la firma del *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur* el 18 de febrero de 2002. La decisión fundamental de este acuerdo fue la creación del Tribunal Permanente de Revisión, como instancia de revisión de los laudos arbitrales emanados de los tribunales *ad hoc*, creados por el Protocolo de Brasilia. En efecto, el Tribunal permitirá la revisión de aquello que se decide “en primera instancia” ya que contará con la facultad de rever los hechos y el derecho aplicable y, eventualmente, realizar una diferente ponderación de los hechos y de la decisión apelada.

PROTOCOLO DE BRASILIA

En cuanto a su ámbito de aplicación, serán sometidas a los procedimientos de solución establecidos en el Protocolo las controversias que surjan entre los estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, así como de las decisiones del Consejo del Mercado Común (CMC) y de las resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) (art. 1). Se prevén además reclamos de particulares (personas físicas o jurídicas) con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación de las normas antes mencionadas (art. 25).

Esto “determina muy a las claras que el sistema de solución de controversias es exclusivamente establecido para las cuestiones que se susciten en el marco del espacio integrado y no para ser aplicado frente a cualquier problema que pueda surgir entre los países socios” (Dreyzin de Klor, 1997: 1202).

El procedimiento para la solución de controversias va a variar según se trate de reclamos de estados o de particulares.

32. Claudia Mancini, “Los socios definirán hoy la agenda de integración”, en *Gazeta Mercantil Latinoamericana*, 25/6 al 1/7/2000.

A) RECLAMOS DE ESTADOS

En este caso se establecen lo que podrían considerarse tres instancias, ya que en principio es necesario agotar un paso o grado de “jurisdicción” para poder acceder al siguiente. Así, la primera instancia sería la de las negociaciones directas (negociaciones diplomáticas bilaterales). “Los Estados Partes en una controversia procurarán resolverla, ante todo, mediante negociaciones directas” (art. 2), informando sobre las gestiones y los resultados de las mismas al GMC, a través de la Secretaría Administrativa (SAM); además, las negociaciones directas, salvo acuerdo entre las partes, no podrán exceder un plazo de quince días, a partir de la fecha en que uno de los estados partes plantee la controversia (art. 3).³³ En la segunda instancia se da la intervención del GMC. “Si mediante las negociaciones directas no se alcanzare un acuerdo o si la controversia fuere resuelta sólo parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la misma podrá someterla a consideración del Grupo Mercado Común” (art. 4.1). El GMC formulará recomendaciones a los estados partes tendentes a la solución del diferendo (art. 5), basándose, cuando lo considere necesario, en el asesoramiento de expertos (art. 4.2). Este procedimiento no podrá extenderse por un período mayor a treinta días, contados a partir del que la controversia bien sometida a consideración (art. 6). Esta segunda instancia podría ser interpretada como una adaptación de otros medios diplomáticos de solución de controversias: la comisión de conciliación o la comisión de investigación, según el caso (Olavo Baptista, 1997: 36). En cuanto a la tercera instancia, el procedimiento arbitral, se establece que de no solucionarse la controversia mediante el cumplimiento de los pasos anteriores, cualquiera de los estados partes podrá recurrir al arbitraje, previa comunicación a la SAM (art. 7).

Los estados partes reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin necesidad de acuerdo especial, la jurisdicción del Tribunal Arbitral que en cada caso se constituya (art. 8).

El procedimiento arbitral se substanciará ante tribunales *ad hoc* (no permanentes), compuestos por tres árbitros pertenecientes a una lista depositada por cada Estado miembro en la SAM (art. 9). Cada Estado nombrará un

33. Manuel Díez de Velasco, p. 738, sostiene que las negociaciones diplomáticas con frecuencia están previstas en los tratados de arreglo de diferencias como un medio previo a la vía arbitral o a la judicial, cumpliendo así la misión de definir el objeto de la diferencia y los términos generales de la misma.

árbitro, y un tercero designado de común acuerdo presidirá el Tribunal (art. 9.2.I).

En caso de que los estados partes no nombren al árbitro que les corresponde, o bien no logren llegar a un acuerdo con respecto al tercer árbitro, los mismos serán designados por la SAM, según se establece en los arts. 11 y 12.

El laudo arbitral deberá expedirse en un plazo de sesenta días, prorrogables por un plazo máximo de treinta días, a partir de la designación de su Presidente. El laudo se adoptará por mayoría, no fundamentándose los votos en disidencia, y manteniendo la confidencialidad de la votación (art. 20). El laudo es inapelable, obligatorio para los estados partes y tendrá respecto de ellos fuerza de cosa juzgada (art. 21). Solo se acepta un recurso de aclaración o una interpretación de la forma en que deberá cumplirse (art. 22). Debe ser cumplido en un plazo de quince días, a menos que el Tribunal Arbitral fije otro plazo (art. 21). De no hacerse efectivo el cumplimiento en un plazo máximo de treinta días, las otras partes en la controversia podrán adoptar medidas compensatorias temporarias, como la suspensión de concesiones u otras equivalentes, tendentes a obtener su cumplimiento (art. 23).

En cuanto al Derecho aplicable, el Tribunal juzgará a base de las disposiciones del *Tratado de Asunción*, los acuerdos celebrados en el marco del mismo, las decisiones del Consejo del Mercado Común, las resoluciones del Grupo Mercado Común así como también a base de los principios y disposiciones del derecho internacional aplicables en la materia. El Tribunal también podrá decidir una controversia *ex aequo et bono* (de acuerdo a la equidad), si las partes así lo convinieren (art. 19).

B) RECLAMOS DE PARTICULARES

Podrán recurrir a este mecanismo los particulares (personas físicas o jurídicas) que se consideren afectados con motivo de la sanción o aplicación, por cualquiera de los estados partes, de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, en violación del *Tratado de Asunción*, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las decisiones del CMC o de las resoluciones del GMC (art. 25). Los reclamos se formalizarán ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde residan o tengan la sede de sus negocios, aportando todos los elementos que permitan determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio (art. 26). La Sección Nacional podrá enta-

blar contactos directos con la Sección Nacional del Estado al que se atribuye la violación de la norma o bien elevar la cuestión directamente al GMC (art. 27). También se da la posibilidad que de no hallar una solución a la cuestión en un plazo de quince días, la Sección Nacional que inicia la reclamación la eleve al GMC (art. 28).

Llegada la cuestión al GMC, éste puede considerar que el reclamo no reúne los requisitos necesarios, y rechazarlo sin más trámite, o bien darle curso, convocando a un grupo de expertos que emitirá un dictamen sobre la procedencia del mismo, en un término improrrogable de treinta días (art. 29).

Aquí finalizaría la posibilidad del particular de reclamar por sí mismo y se abre la vía de la protección diplomática del Estado de su nacionalidad, transformándose, entonces, el requerimiento del particular en un litigio entre estados. Así, verificada “la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado Parte podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas”, y si su solicitud no prosperase en un plazo de quince días, el Estado Parte que realizó la presentación podrá recurrir al procedimiento arbitral (art. 32).

PROTOCOLO DE OURO PRETO

Como se expresó anteriormente, este instrumento completa la regulación del sistema de solución de controversias dada por el Protocolo de Brasilia, al que remite expresamente. Por una parte, incluye entre las fuentes del Mercosur las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), y por otra, establece un procedimiento de reclamaciones y un mecanismo de consultas ante la misma.

La CCM fue creada por medio de la Decisión 9/94 (Decisión del CMC) de agosto de 1994, y confirmada posteriormente como parte de la estructura institucional del Mercosur por el POP.

Competen a la Comisión la continuación de los trabajos para la negociación de compromisos comerciales tendentes a perfeccionar la Unión Aduanera (por medio de sus Comités Técnicos), y la resolución de las dificultades y diferencias que surjan de la aplicación de acuerdos ya negociados y de las operaciones comerciales que tengan lugar entre los operadores de los países socios, y que de una manera u otra restrinjan el comercio intra-Mercosur (Czar de Zalduendo, 1997: 141) (arts. 16, 19 y 21).

El art. 21 prevé que la CCM considere las reclamaciones que presenten

tanto los estados como los particulares –personas físicas o jurídicas– ante las Secciones Nacionales de la CCM, relacionadas con las situaciones previstas en los arts. 1 y 25 del Protocolo de Brasilia, cuando estuvieren dentro de su área de competencia. El procedimiento para efectuar estas reclamaciones queda establecido en el Anexo al POP.

La Comisión, como todos los órganos del Mercosur, decidirá sobre la reclamación por consenso, con la presencia de todos los estados partes (art. 37 POP). De no alcanzarse el consenso la CCM elevará la cuestión y las distintas alternativas propuestas al GMC, que deberá resolver en un plazo de treinta días (art. 5-Anexo POP).

Ahora bien, si la cuestión se resuelve ya sea en el seno de la CCM o bien, posteriormente, en el GMC, pero el Estado reclamado no adopta las medidas que se le imponen, en el plazo establecido, el Estado reclamante puede recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia (art. 6-Anexo POP). El Estado también podrá recurrir al arbitraje si no se logra consenso en el seno del GMC (art. 7-Anexo POP). Este procedimiento constituye una alternativa a las dos primeras instancias del sistema del Protocolo de Brasilia. Los estados pueden optar por iniciar la reclamación (en cuestiones de política comercial, área de competencia de la CCM) ante la CCM o ante el GMC (Czar de Zalduendo, 1997: 143), como efectivamente ha sucedido en la práctica. De los tres procedimientos arbitrales implementados hasta la fecha, dos de ellos comenzaron con reclamaciones ante la CCM y el tercero por negociaciones directas y reclamo ante el GMC (Protocolo de Brasilia). Además, la CCM permite la posibilidad de realizar consultas de acuerdo a un mecanismo establecido por la Directiva 13/95 y reformulado por la Directiva 9/96. Este demostró ser muy efectivo. Los estados recurren a él frecuentemente, al punto de convertir a la CCM en el foro donde se ventilan la mayoría de los problemas prácticos que se presentan en el comercio intra-Mercosur. La Directiva 9/96 dispone que el hecho de realizar una consulta, no impide recurrir posteriormente a las reclamaciones o al sistema del Protocolo de Brasilia.

Los temas sometidos a consulta de la CCM (sin llegar en ningún caso al GMC) corresponden exclusivamente a su área de competencia (política comercial): reglamentos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias; régimen de adecuación; aplicación del AEC; trámites aduaneros; tributación interna a los productos importados; etc. Siempre dentro de esta temática, las consultas pueden darse ante conflictos que surjan fundamentalmente por: a) falta de instrumentos comunes de armonización; b) normativa involucrada

poco específica; y, c) no internalización de la normativa Mercosur por alguno de los estados miembros.

Realizada la descripción del sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur, podría decirse que el mismo encuadraría en lo que Diez de Velasco denomina una “solución institucional” (Diez de Velasco, 1997: 780). Esto significa que el arreglo de la diferencia se alcanza mediante un acto jurídicamente atribuible a la Organización como tal. La solución es interna, es decir, lograda por la propia Organización sin necesidad de recabar el consentimiento de los estados partes en la diferencia, ni la decisión de un Tribunal exterior.

Con respecto al tema del consentimiento, vale la pena recordar que en el Mercosur, para poner en marcha el mecanismo basta la solicitud o presentación de reclamo de un Estado parte, sin necesidad del consentimiento expreso del otro o de los otros estados partes en el problema.

Esta “solución institucional” presenta dos variantes, ya que puede operarse por órganos de carácter político o por órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales (Diez de Velasco, 1997: 781); en nuestra organización, el GMC o la CCM y los Tribunales Arbitrales *ad hoc*, respectivamente.

CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LOS LAUDOS ARBITRALES

Hasta el momento se han dictado nueve laudos arbitrales siguiendo los procedimientos descritos. A partir de la lectura de los mismos podrían extraerse algunas consideraciones generales:³⁴

El procedimiento arbitral en el Mercosur sigue las líneas generales del arbitraje internacional entre estados, particularmente las disposiciones de las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre solución pacífica de las controversias internacionales y el “Modelo de reglas sobre procedimiento arbitral” elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en 1958 (Pastor Ridruejo, 1998: 633-640). En este sentido, la competencia del órgano arbitral se asienta en el consentimiento de los estados partes en la controversia. El mismo puede ser expresado *a posteriori* del surgimiento del conflicto o bien *a priori*, mediante una cláusula compromisoria en un tratado o convención relativo a otra materia (por ejemplo el

34. <http://www.merocsur.org.uy>.

POP), o mediante un tratado de arbitraje (como sería, *in fine*, el Protocolo de Brasilia).

Por otra parte, cada Tribunal es juez de su propia competencia. Así, en la conclusión del tercer laudo se expresa: “En razón de las diferentes interpretaciones alegadas sobre el derecho Mercosur, el Tribunal es competente para examinar la presente controversia...”.³⁵

El propio Tribunal adopta las reglas de procedimiento; el proceso consta de dos fases, una escrita y otra oral; y las decisiones, en caso de un órgano colegiado (como los tribunales *ad hoc* del Mercosur), se adoptan por mayoría.

El laudo es obligatorio, tiene fuerza de cosa juzgada solo para los países involucrados y como obligación internacional debe ser ejecutada de buena fe. Es, además, *definitivo*: no son posibles recursos de apelación o casación ante jurisdicciones superiores. En cambio sí se pueden interponer recursos de interpretación, revisión y nulidad.³⁶ La sentencia arbitral debe estar fundada en Derecho y cabe que las partes le confíen la solución del litigio *ex aequo et bono*.

Los tribunales se han inclinado por una interpretación teleológica o finalista, teniendo en cuenta el “objeto y fin del tratado”. En este sentido, en el tercer laudo se cita lo dispuesto por el primer Tribunal Arbitral, afirmando que comparte ese criterio interpretativo que refleja los principios consuetudinarios en materia de interpretación de tratados (*Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969).³⁷ No obstante, el alcance que se asigna al “objeto y fin del tratado” es divergente. Así, por ejemplo, el segundo Tribunal Arbitral entendió que los estados, en cumplimiento de los fines del tratado no solo deben eliminar las barreras al comercio sino que, además, deben implementar medidas de coordinación macro-económica (Cárdenas y Tempesta, 2000: 3). El tercer Tribunal, por su parte, consideró que “el sistema del Mercosur tiene por objeto eliminar las barreras al comercio entre sus miembros”, sin hacer ninguna mención a la coordinación de políticas (Peña, 2000: 1).

En cuanto al Derecho aplicado, que de acuerdo a lo previsto en el art. 19 del Protocolo de Brasilia, las controversias se han decidido no solo a base

35. “Laudo arbitral”, original, p. 29.

36. Con este objetivo se estableció precisamente, por el Protocolo de Olivos, el Tribunal Permanente de Revisión.

37. “Laudo arbitral”, original, p. 14.

de la normativa Mercosur, sino recurriendo también a otras normas del derecho internacional (normativa de la ALADI, de la OMC). En este sentido el segundo Tribunal fundamentó que “la aplicabilidad de las normas y fines del Tratado de Asunción debe realizarse además, desde una óptica integradora con las normas y principios que regulan el derecho internacional” particularmente en el caso de “un proceso de integración en formación y en pleno proceso de profundización, el cual requiere una constante elaboración normativa interna y coordinación de las políticas del bloque con las normas que rigen el comercio internacional” (Considerando 56). Se expresa además que “en el seno de la OMC se insertan las reglas de la ALADI y en un círculo más interno, las normas del Mercosur” (Considerando 57).³⁸

Se observa una discordancia entre los distintos tribunales, en cuanto a la interpretación y aplicación de los principios procesales. Mientras el primero resuelve que no es necesario que los denunciante prueben la existencia o amenaza de un perjuicio derivado de la violación de la norma (Considerando 41), en el segundo laudo, el Tribunal puso gran énfasis en aclarar que, en el procedimiento a impulso de particulares, de acuerdo al art. 26 del Protocolo de Brasilia, se deben aportar a la Sección Nacional competente (la primera instancia revisora de la queja) los elementos de juicio que permitan comprobar la verosimilitud de la violación de la norma, así como la existencia o amenaza del perjuicio entre laudos.

En todo caso, como expresan los autores mencionados, no queda claro a partir de los laudos si se trata de un principio procesal, solo aplicable a los conflictos que se originan por reclamos de particulares o también para los que se inician por reclamos estatales. En todo caso, esta es una brecha importante entre los dos laudos, que transmite incertidumbre a los operadores jurídicos y económicos (Peña, 2000: 2).

En este sentido, señala un autor que al tratarse de tribunales *ad hoc*, distintos uno de otro, no tendrían la obligación de uniformar la jurisprudencia, creando precedente, como sí sucede en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que es de carácter permanente (Ekmekdjian: 391).

Se observan asimetrías entre los estados partes en las controversias, en cuanto a la interpretación de la norma. En este sentido, la postura brasileña (contraria a la de Argentina, por ejemplo) es la de asignar a la normativa Mercosur un carácter programático, no operativo. En el Considerando 34

38. Profundizando esta tendencia por el art. 1 del Protocolo de Olivos se incluye una cláusula de “opción de foro” y la correspondiente exclusión del sistema del Mercosur.

del primer laudo arbitral, Brasil manifiesta que el Tratado de Asunción “puede ser considerado un acuerdo marco, instrumento internacional en el cual se trazan los objetivos y los mecanismos para alcanzarlos, cuyas disposiciones en general programáticas no son en su mayoría jurídicamente auto-aplicables”. La misma posición es mantenida en el segundo caso al afirmar, en el Considerando 26, que la Decisión 10/94 “es un compromiso meramente programático, sin plazo de cumplimiento predeterminado”.

Afortunadamente, los respectivos tribunales se pronunciaron inequívocamente sobre el carácter obligatorio del derecho originario y derivado del Mercosur (Cárdenas y Tempesta, 2000: 2).

¿UN TRIBUNAL SUPRANACIONAL EN EL MERCOSUR?

I. Jean Monnet, en la Primera Guerra Mundial fue el mentalizador de una “Comisión Interaliada” para aprovisionamientos de distinta clase —granos, aceites, azúcar, carnes, etc.,³⁹ gestión que no solamente fue notable por las amplias prerrogativas otorgadas a los delegados que la integraron, sino también por la ausencia de la figura de la “unanidad”, lo cual no impedía que se llevaran a cabo sus cometidos (que contrariamente sí sucedía en la Sociedad de las Naciones: “Cada país mantiene su integridad física y posee el derecho de veto”).

Esta iniciativa —como se sabe—, se refractó en la célebre alocución del ministro de Relaciones Exteriores Robert Schuman,⁴⁰ que en algún momento reflexionó así:

Lo supranacional se sitúa a igual distancia, de una parte, del individualismo internacional y considera como intangible la soberanía nacional y que sólo acepta como limitaciones de esa soberanía a las obligaciones contractuales revocables, y el federalismo de Estado, de otra parte, que se subordina a un super-estado dotado de soberanía territorial propia. (Fernando Uribe Restrepo, 1990: 49-50. Énfasis agregado).

Sin duda alguna se empezó ya a delinear la apoyatura sobre la cual se iría

39. Galo Yépez Holguín, pp. 67 y ss., alude que de igual manera, Monnet en la Segunda Guerra Mundial coadyuvó a la creación de “Comités Conjuntos Interaliados” para el mejor aprovechamiento de los recursos y la optimización de la productividad.

40. Cfr. p. 2 *infra*.

a afirmar el derecho comunitario: la supranacionalidad, figura que en un proceso de integración encausa la “Transformación de la Soberanía, que compromete a la transferencia del poder regulador en determinadas materias de interés común de los Estados a un órgano comunitario para alcanzar las metas de la integración, produciéndose el fenómeno de redistribución de funciones y atribuciones entre los organismos comunitarios y los países miembros”, que: “... más que limitar su soberanía, lo que hacen es ceder parte de sus competencias, transfiriéndolas de la órbita de la acción estatal a la comunitaria. Ello ocurre en materias como el intercambio intrarregional de bienes de servicios y de capitales”.⁴¹

II. Las características propias de las Comunidades Europeas imponían la creación de un sistema jurisdiccional competente para conocer los litigios entre los organismos comunitarios y sus respectivos funcionarios y para verificar la observancia de los estados miembros de las obligaciones originadas de los tratados, así como competente en materia de apreciación de validez de los actos y omisiones de las instituciones. Así pues, el factor que determina que la influencia del tribunal comunitario sobre el desarrollo del derecho sea superior a las otras jurisdicciones internacionales es el “monopolio de la interpretación obligatoria de derecho comunitario que los Tratados le confieren”,⁴² constituyéndose por tal característica como el “motor de la integración europea”, que a través de la jurisprudencia –que ha sido requerida con recurrencia– ha contribuido a garantizar la eficacia del derecho comunitario y a sentar las bases de lo que más tarde habría de designarse como Mercado Común.⁴³

III. Como hemos estudiado, las Comunidades Europeas se hallan constituidas en torno a tres esferas: la nacional, la internacional y la comunitaria.

Asimismo, la doctrina en derecho comunitario es “pacífica”, pese a ello, los procesos de integración suelen someterse a desequilibrios originados en los desacuerdos de uno o varios de sus miembros. Lo cual determina y exige la institución de un órgano capaz para aplicar con eficacia el *acquis communautaire*.⁴⁴

41. Roberto Salazar M., “Principios básicos en el Derecho Comunitario”, en memorias del seminario internacional “La Integración y los Tribunales Comunitarios”, Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, julio-agosto de 1996, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1997, pp. 66 y ss. El subrayado es nuestro.

42. Manuel Rodríguez I., p. 551. El subrayado es nuestro.

43. Moitinho, p. 40. El subrayado es nuestro.

44. Pierre Pescatore, “Aspectos judiciales del acervo comunitario”, en *Revista de Instituciones Euro-*

El Mercosur solamente es de derecho internacional y de derecho nacional, lo que supone una limitante en la obtención de normas de juicio que suplan las omisiones de la ley y que aseguren una aplicación uniforme del Tratado de Asunción y del derecho que de él se deriva.

El Tribunal Arbitral, que pese a tener “jurisdicción obligatoria” y competencia *ipso facto*, y cuyos laudos “inapelables” y “obligatorios” (art. 21 Protocolo de Brasilia), no está *per sé*, en capacidad de satisfacer este requerimiento, debido a que su intervención es *a posteriori* del conflicto, sumado a todo ello, la pasividad de la propuesta normativa del Protocolo de Brasilia, que a más de resultar en la práctica complejo, tampoco ofrece una sanción directa al infractor, ni el acceso inmediato de los particulares al proceso, dada su dependencia a la Sección Nacional correspondiente del G.M.C.⁴⁵

Sin embargo, no por ello deja de ser un dato no menor, el establecimiento del Tribunal Permanente de Revisión, el cual reviste una importancia fundamental al incluir la posibilidad de “estudiar” los laudos arbitrales y disponer la regulación de la etapa “post-laudo”, es decir, el cumplimiento del laudo y los efectos de su eventual incumplimiento (medidas compensatorias). Tal vez el rasgo fundamental estaría dado por el hecho de que se comience a generar una jurisprudencia Mercosur uniforme, dado que con el sistema actual hubo tribunales que emitieron opiniones contrarias sobre un mismo tema.

IV. El fenómeno de supranacionalidad se manifiesta en la primacía y en la aplicación directa de las normas comunes en el territorio estatal. Concomitantemente, estos elementos demandan una institucionalidad diferente de la del derecho internacional y cuando un proceso de integración no alcanza las características expuestas, nos encontramos frente a un “derecho internacional particular”,⁴⁶ integrador, por cierto, pero que actúa en el ámbito espacial según su fuente.

peas, 1981, p. 331, citado por Gil Rodríguez I., “La experiencia europea en la aplicación del derecho comunitario”, en *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1997, pp. 34-35. Se define así al conjunto de realizaciones comunitarias consideradas irreversibles y que deben ser cabalmente asumidas por el Estado que se vincule a la Comunidad.

45. Para tener un criterio más amplio sobre esta temática, véase, VV.AA., “Las Instituciones del Mercosur”, documento de trabajo No. 3-1997, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, pp. 22 y ss.

46. Alberto Monsanto, “Realismo y Abstracción en la normativa medular del Mercosur”, en *El Mercosur en el siglo XXI*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 186.

El Mercosur al ser una Unión Aduanera imperfecta, y como tal, un bloque comercial plurinacional intergubernamental, reclama una reestructuración institucional en la que pueda asentarse la etapa de construcción del mercado común.

La institucionalidad del Mercosur fue parcialmente suficiente para el período de transición (concluido al 31 de noviembre de 1994), pudiendo su sencillez armonizar el Programa de Liberación Comercial, pero iniciada la Unión Aduanera y la “profundización del proceso de integración”, esa institucionalidad parecería ser insuficiente, siendo necesario adoptar ciertos rasgos de supranacionalidad —aunque la Unión Aduanera alemana de 1834 haya demostrado lo contrario—, particularmente en temas como la armonización de legislaciones y *principios constitucionales*,⁴⁷ tarea que sin duda, nos lleva a una posición más compleja, contrastante con los principios rectores del proceso de integración del Mercosur. Un claro ejemplo de esta afirmación es el hecho de que Brasil considere que la normativa del Mercosur tiene solo carácter programático, cuando Argentina llega a reconocer efecto directo a las normas que contengan una obligación de hacer o de no hacer, manifestada en términos claros, precisos y no sujeta a condición (López Lecube, 1996: 271). Los tribunales *ad hoc*, en este tema concreto, han resuelto la diferencia en favor de la operatividad del derecho del Mercosur. No obstante, al no tratarse de un tribunal permanente, los principios sentados por los mismos no tienen “garantía de perdurabilidad”, ya que un Tribunal posterior puede optar criterios distintos e incluso contradictorios (Ekmekdjian: 405).

V. Las opiniones en cuanto a la eficacia, flexibilidad y celeridad del sistema de solución de controversias del Mercosur son divergentes. Mientras algunos autores elogian, por ejemplo, la flexibilidad del sistema en cuanto se admiten distintas vías de solución a las que pueden recurrir las partes, la brevedad de los términos previstos para cumplir con cada instancia y la sencillez de los mecanismos (Daverede, 1992: 1048), otros hablan de un complejo procedimiento burocrático (Ekmekdjian: 391).

Los principales desacuerdos giran, a nuestro entender, en torno a dos

47. Para este estudio debería ponerse énfasis particularmente en los siguientes artículos: 75, inc. 24 (Argentina); 137 y 145 (Paraguay); 4 y 6 (Uruguay); 4, párrafo único (Brasil). Véase, Alberto Dalla Vía, “¿Hacia la Constitución Supranacional?”, en *Especial para la Ley*, T, 1996, D. Sec. Doctrina, pp. 1429 y ss. Puede verse también nuestro trabajo “Derecho constitucional en el Mercosur. A propósito de la creación de un Tribunal de Justicia Permanente”, *Revista Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, UBA.

puntos centrales: a) el carácter no permanente del órgano jurisdiccional encargado de resolver las controversias; b) la imposibilidad de acceso al mismo de los particulares. Con respecto al primer punto, gran parte de la doctrina sustenta la necesidad de crear un organismo al estilo del Tribunal de Luxemburgo. La existencia de un tribunal supranacional garantizaría la vigencia del principio de primacía de la norma común sobre la nacional, y la posibilidad de contar con uniformidad jurisprudencial. (Costa, 1997: 62-64).

VI. Por un lado, la doctrina sostiene que la constitución de un verdadero tribunal de justicia, además de permitir la creación de jurisprudencia que sirva para ir construyendo un derecho comunitario, brindaría la posibilidad de resolver los conflictos puntuales y así eliminar de la agenda de los órganos políticos del Mercosur tales litigios, permitiendo que esos organismos cumplan sus misiones específicas, avanzando en el proceso de integración (Ekmekdjian: 405). Por otro lado, otra vertiente en cambio reivindica los avances alcanzados por el Mercosur hasta el momento y considera que en esta etapa del proceso de integración, la seguridad jurídica no pasa por la creación de instituciones supranacionales sino por perfeccionar lo que existe. Bastaría limar las asimetrías negativas aún vigentes entre Argentina y Brasil, por medio, por ejemplo, de la armonización de políticas tributarias, legislaciones de propiedad intelectual, regímenes laborales, y establecer reglas comunes para sectores como el automotriz, el azucarero y el sector servicios. (Azambuja, 1997: 60).

La voluntad de los miembros del Mercosur parece inclinarse en este último sentido, no considerando todavía la posibilidad de delegar competencias en órganos de tipo supranacional. Baste recordar que el proyecto de relanzamiento del Mercosur de junio de 2000, adopta, por medio de las decisiones 23/00 a 26/00, una serie de medidas orientadas al “fortalecimiento institucional”, pero sin alterar los rasgos del sistema jurídico e institucional intergubernamental. Así, en cuanto a la solución de controversias, se decide “perfeccionar lo que existe”, el sistema de los Protocolos de Brasilia y Ouro Preto.

Reconociendo este límite, algunos autores plantean la conveniencia de implementar, al menos, mecanismos de cooperación entre los poderes judiciales de cada Estado para desarrollar una jurisprudencia uniforme, como la creación de una Comisión Jurídica Consultiva Paritaria, con competencia para elaborar opiniones y recomendaciones sobre la aplicación de la normativa Mercosur, sobre las competencias para la solución de conflictos y sobre la ley aplicable. (Greco, 1997: 152).

VII. En cuanto al tema del acceso directo al sistema de solución de diferencias por parte de los particulares, cabe recordar, que éste es exclusivo y facultativo de los estados, obedeciendo claramente al patrón del derecho internacional público. (Olavo Baptista, 1997: 33).

En el Mercosur, los gobiernos nacionales son los únicos protagonistas en la conducción del proceso de integración. “Son ellos los que deciden las normas y los que litigan en caso de disputas. Los demás actores, tanto públicos como privados, deben contar con el patrocinio de sus gobiernos para hacer valer sus intereses en los órganos decisorios y en la solución de los diferendos” (González, 2000: 1032).

Ahora bien, cabría preguntarse sobre la conveniencia o no de que los particulares tengan acceso al sistema de solución de controversias. Mientras Ekmekdjian sostiene que el sistema jurídico vigente es injusto, porque no admite la legitimación de los particulares ante el Tribunal Arbitral, sin el patrocinio o la tutela del Estado Parte (Ekmekdjian: 391), otros, como Samtleben consideran que esta legitimación activa de los particulares no sería procedente:

Tanto los Estados miembros como los órganos intergubernamentales todavía están en una fase en la que el progreso de la integración depende más de la negociación que de la deducción jurídica. En esta situación sería contraproducente otorgar a los particulares la facultad de cuestionar la validez de ciertos actos aislados sin tener en cuenta el cuadro general de las negociaciones políticas (Samtleben, 1998: 800).

VIII. La existencia de tribunales de justicia permanentes en los procesos de integración, como lo demuestra el caso del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es la condición necesaria para avanzar hacia una mayor consolidación de los mismos. El Tribunal de Luxemburgo, por medio de su jurisprudencia, ha ido elaborando los principios del derecho comunitario que imponen a los estados la norma comunitaria aun en contra de sus propios intereses.

Pero además, contar con criterios uniformes en la interpretación de las normas comunes beneficia al proceso, incluso desde el punto de vista económico, al brindar una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos, tanto nacionales de los estados miembros como extranjeros, haciendo al mercado integrado más confiable y atractivo.

Sin embargo, la decisión de implementar un Tribunal supranacional es fundamentalmente política, y depende del alcance que se pretenda dar al proceso.

El Protocolo de Olivos no cubriría, en principio, las dos carencias antes señaladas del sistema de solución de controversias del Mercosur, por una parte, el acceso de los particulares al sistema continúa siendo mediado por el Estado, y por otra, esta institución mantiene el mismo carácter intergubernamental del resto de las instituciones del Mercosur.

IX. En otro orden de ideas, la implementación del ALCA implicaría prácticamente la desaparición del Mercosur, en la medida en que conduciría a la eliminación de fronteras aduaneras entre todos los países de las Américas y eliminaría, por consiguiente, la tarifa externa común que es una característica fundamental del Mercosur en su estado actual de *unión aduanera imperfecta* (Jaguaribe, 1998: 23).

Entonces, el Mercosur solo podría sobrevivir si se transforma en un *mercado común*, lo que presupone medidas macroeconómicas comunes y libre circulación de personas y bienes de producción (Reis da Silva, 2001: 148), y para ello un mayor grado de institucionalización. En este sentido, el perfeccionamiento del sistema de solución de controversias podría constituirse en un instrumento eficaz para avanzar en la consolidación del proceso de integración.

No puede ignorarse que este es un tema de especial sensibilidad política y que tampoco se trata de un simple ejercicio de emulación, mediante transplantes automáticos de estructuras y experiencias que se viven en otros esquemas de integración. Simplemente, si el Mercosur aspira a mantener un equilibrio adecuado entre los conflictos naturales que se producen hacia el interior y la necesaria credibilidad internacional, deberá ajustar en primera instancia su sistema de administración de justicia. (Abreu, 2001: 23).

X. A manera de colofón, consideremos que la posible creación de un tribunal de justicia supranacional en el Mercosur, debe ajustarse a su realidad social, política, económica y cultural. Por ello, este organismo debe ser lo suficientemente proporcionado para, en la base de ciertos conflictos partidistas y culturales que se presentan en la región, legisle y dirima con apego a la justicia: *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.⁴⁸

Un claro ejemplo de ello son los desacuerdos entre la cultura “ibérica tradicional” y la cultura “anglo afrancesada”, la primera determinada por elementos comunitarios, paternalistas, y tributada por un inconsciente colectivo más católico y menos capitalista; mientras que la segunda es más indivi-

48. Cabanellas, p. 222.

dualista y abstencionista combinada por elementos calvinistas, agnósticos o ateos, y por momentos con más sentido capitalista.

En suma, un órgano jurisdiccional comunitario debe ser capaz de advertir la presencia de las múltiples “recepciones culturales” capaz de entender la justicia “tomando a cada individuo como un fin y no como un medio y respetando la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres”.⁴⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Abreu, Sergio, “Los vaivenes de la integración”, en *Archivos del Presente*, No. 23, enero / febrero / marzo 2001.
- Amerio, Franco, *Historia de la Filosofía*, cuarta edición, Madrid, Central Catequística Salesiana, 1965.
- Artaga, Horacio, *La Confrontación Este-Oeste: Una visión sobre la situación estratégica mundial*, Caracas, Editorial Pomaire, 1989.
- Azambuja, Marcos, “Instituciones y seguridad jurídica en el Mercosur”, en *Temas del Mercosur*, No. 3, 1997.
- Barón Knoll de Bertolotti, Silvina, *Administración y Gobierno del Mercosur. Su análisis a partir del Derecho Comunitario y del Protocolo de Ouro-Preto*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1997.
- Boldorini, María Cristina, “La estructura institucional del Mercosur después del Protocolo de Ouro-Preto”, en *Boletín Informativo Techint*, No. 283, julio-septiembre, 1995.
- Bueno M., Patricio, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en *Memooria del Seminario Internacional: Integración, Derecho y Tribunales Comunitarios*, La Paz, Sucre, 19-20 agosto de 1996.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1997.
- Cárdenas G., E. Tempesta, “El laudo arbitral del Mercosur sobre subsidios a las exportaciones”, en *La Ley*, 20 de julio de 2000.
- Ciuro Caldani, Miguel A., “Perspectivas culturales para la integración de la zona

49. Cfr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, “Perspectivas culturales para la integración de la zona Mercosur”, en *El Mercosur en el siglo XXI*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, pp. 579 y ss. Véase también del mismo autor: “Filosofía de la Jurisdicción: Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal de Judicial del Mercosur”, pp. 15 y ss. Cfr. Immanuel Kant, *La paz perpetua*, trad. del alemán de Baltazar Espinosa, Madrid, Editorial Aguilar S.A., 1967, p. 25.

- Mercosur”, en *El Mercosur en el siglo XXI*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Ediciones Ciudad Argentina, 2002.
- *Filosofía de la Jurisdicción: Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del Mercosur*, 2002.
- Comunidades Europeas, *Europa en movimiento. ¿Cómo funciona la Unión Europea?*, 1998.
- Costa, Ligia, “Tribunal supranacional en el Mercosur”, en *Temas del Mercosur*, No. 3, 1997.
- Czar de Zalduendo, Susana, “El procedimiento de reclamaciones y el mecanismo de consultas ante la Comisión de Comercio del Mercosur”, en *Temas del Mercosur*, No. 3, 1997.
- Dalla Via, Alberto R., “¿Hacia la Constitución Supranacional?”, en *Especial para la Ley*, T. 1996 D. Sec. Doctrina.
- Daverede, Alberto, “Sistema de solución de controversias en el Mercosur”, en *La Ley*, 1992-B, p. 1048.
- Díez de Velasco, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, décima edición, Editorial Tecnos, S.A., 1997.
- Dreyzin de Klor, Adriana, “El sistema de solución de controversias en el Mercosur”, en *La Ley*, 1995-B.
- Ekmekdjian, Miguel, “Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur”, en *El Derecho*.
- Freeland López Lecube, Alejandro, *Manual de Derecho Comunitario: análisis comparativo de la Unión Europea y el Mercosur*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.
- Gerbet, Pierre, *La Construction de l'Europe*, Paris, Imprimerie Nationale, 1983.
- González, Flavio, “Mercosur, un orden jurídico debilitado y dispar. La necesidad de un cambio”, en *La Ley*, 2000-B.
- Greco, Leonardo, “Solución de controversias y seguridad jurídica en el Mercosur”, en *Temas del Mercosur*, No. 3, 1997.
- Jaguaribe, Helio, “El Mercosur y las alternativas para el orden mundial”, en *Revista de Ciencias Sociales*, No. 9, Universidad Nacional de Quilmes, diciembre, 1998.
- Kant, Emmanuel, *La paz perpetua*, trad. Baltasar Espinosa, Madrid, Editorial Aguilar S.A., 1967.
- Lattuca, Ada, “¿Por qué el Mercosur?”, en *Revista de la Administración Municipal de Rosario*, serie. Comentarios y Doctrina, No. 9, noviembre, 2003.
- Mancini, Claudia, “Los socios definirán hoy la agenda de integración”, en *Gazeta Mercantil Latinoamericana*, 25/6 al 1/7/2000.
- Moitinho de Almeida, José Carlos, en “Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos europeos y americanos”, en Seminario Internacional organizado

- por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Comunidad Europea y Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.
- Monsanto, Alberto, "Realismo y abstracción en la normativa medular del Mercosur", en *El Mercosur en el siglo XXI*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- Olavo Baptista, Luiz, "Aspectos teóricos del sistema de solución de controversias en las instituciones de integración, con referencia al Mercosur", en *Temas del Mercosur*, No. 3, 1997.
- Pastor Ridruejo, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- Peña, Félix, "El laudo arbitral sobre las salvaguardias textiles en el Mercosur", en *La Ley*, 10 de mayo de 2000.
- Reis da Silva, André Luiz, "Más allá del ALCA: el Mercosur y el desafío de la integración hemisférica", en *Foro Internacional*, No. 163, enero-marzo 2001.
- Rocco, *Principi di diritto Commerciale*, Bruselas, s.e., 1961.
- Rodríguez I., Gil Carlos, "La experiencia europea en la aplicación del derecho comunitario", en *La Integración, el Derecho Comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.
- Salazar M., Roberto, "Principios básicos en el Derecho Comunitario", en: *Memorias del Seminario Internacional: "La Integración y los Tribunales Comunitarios"*, Quito, Cuenca, Guayaquil, Trujillo, 1996, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1997.
- Salazar M., Roberto y Fariás M., Henríque, "El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena", en *Seminario Internacional*, La Paz, Sucre, 19-20 agosto de 1996, 1996.
- Samtleben, Jürgen, "Las perspectivas para un tribunal del Mercosur y la experiencia europea", en *Jurisprudencia Argentina*, 1998-I.
- Truyol y Serra, Antonio, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, 1972.
- Uribe Restrepo, Fernando, *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990.
- Vasco, Miguel Antonio, *Diccionario de derecho Internacional*, décima octava edición, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- Villamarín, José Javier, "Derecho constitucional en el Mercosur. A propósito de la creación de un Tribunal de Justicia Permanente", *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004.
- VV.AA., "Las Instituciones del Mercosur", documento de trabajo No. 3-1997, Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (CIELDA).

El posicionamiento del Derecho internacional y la gravedad de la jurisprudencia...

Yépez H., Galo, *Revista de la Asociación de Funcionarios y Empleados del Servicio Exterior Ecuatoriano*, No. 31, Quito, 1998.

Páginas web

<http://www.dip-badajoz.es/eurolocal>

http://europa.eu.int/abc/index2_es.htm#enlargement

Enfoques curriculares en la formación de abogados para enfrentar retos transnacionales*

José Vicente Troya Jaramillo**

Este documento contiene dos partes, en la primera se propone consideraciones de carácter general; en la segunda, se da razón del modelo que se sigue en el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

FORO

I

1. **L**a globalización y las múltiples relaciones internacionales que ella ha generado, ha incidido en los servicios jurídicos que ofrecen jueces, abogados y consultores. Hasta hace pocas décadas los servicios mencionados se desenvolvían casi exclusivamente dentro de cada uno de los países y de acuerdo a su legislación interna. A partir de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, del establecimiento del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, de la Organización Mundial de Comercio y otros Organismos, particularmente los comunitarios y de integración, el entorno internacional adquirió dimensiones no conocidas antes de la Segunda Guerra Mundial. Las declaraciones y convenios mundiales y regionales sobre derechos humanos han contribuido a la internacionalización. A más de los estados y de las organizaciones internacionales, han surgido otros actores en la vida internacional, particularmente las organi-

* Artículo presentado por el autor con ocasión de la Conferencia Anual 2004 de la Asociación de Escuelas de Derecho de América: Formando Abogados para Enfrentar Retos Transnacionales (Association of American Law Schools. 2004 Conference on Educating Lawyers for Transnational Challenges. Curricular Approaches to Educate Lawyers for Transnational Challenges), realizada en Hawái.

** Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

zaciones no gubernamentales y las empresas multinacionales. Desde los noventa, pese casos importantes en contrario, ha prevalecido el libre comercio y se han proliferado las operaciones empresariales así como los métodos alternativos de dirimir controversias. El nuevo escenario demanda servicios jurídicos diferentes a los ofrecidos anteriormente y la aplicación de la legislación internacional. Los cambios sociales y económicos son de tal importancia que el sistema jurídico de hoy no es igual al sistema jurídico de mañana. Para conseguir este propósito se debe rediseñar el sistema de educación legal e introducir importantes modificaciones en el currículum.

2. En el nuevo currículum debe primar el factor internacional. Actualmente casi no existe tema o asunto que no tenga una proyección internacional. A más de los conocimientos jurídicos de ese ámbito que comprenden el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comunitario, es necesario el estudio y análisis de las relaciones internacionales.
3. La legislación internacional se sustenta sobre mecanismos de elaboración en constante evolución. Es necesario profundizar en su conocimiento y aplicación. Destacan entre ellos los tratados multilaterales y bilaterales; la profusa normativa de los organismos internacionales; y el actual *ius mercatorum* o *lex mercatoria*.
4. Coexisten dos sistemas legales que es necesario tener presente, el continental europeo, *Civil Law*, y el anglo sajón, *Anglo-American common law* que tiene especial importancia en los negocios internacionales, en los contratos internacionales y en las denominadas cláusulas generales. Debe integrarse al nuevo currículum el estudio de los aspectos que se considere útiles de los dos sistemas. Es frecuente que en los negocios internacionales las partes elijan la legislación a la que se someten, la cual puede formar parte de uno de los sistema mencionados.
5. El conocimiento de idiomas tiene importancia, particularmente del inglés que en los negocios internacionales es de uso generalizado. Para quienes poseen el idioma inglés como lengua nativa, puede serles útil el conocimiento del español en los negocios con América Latina y España u otros idiomas.
6. Los nuevos requerimientos de la educación legal no son aplicables exclusivamente a los abogados de las empresas multinacionales, conciernen también a otros actores como son los jueces, árbitros, media-

dores y en general a quienes realizan funciones dentro de los sistemas alternativos de solución de controversias; a los asesores y negociadores del Estado y de las empresas; a los consultores y expertos cuya opinión suele solicitarse, *amicus curiae*. Las destrezas exigidas a cada uno de estos actores puede ser diversa; para los abogados tienen significación la correlación entre la enseñanza y la práctica profesional. Ello debe tomar en cuenta el nuevo sistema de educación legal.

7. La nueva *sociedad del conocimiento y de la información* caracteriza el entorno internacional dentro del cual se prestan los servicios jurídicos. A más de los sistemas, los principios y la doctrina es necesario manejar una *masa crítica* de enorme magnitud, integrada por normas nacionales, tratados bilaterales y multilaterales, decisiones, directivas y reglamentos, emitidos por los organismos internacionales de nivel mundial y por los organismos de integración; jurisprudencias, informes de significación emitidos por expertos de gran notoriedad, etc. Para acceder a tal información se requiere el manejo solvente de los programas de ordenadores, particularmente el correo electrónico y las páginas *web*. El *e mail* ha revolucionado la forma en que los abogados se relacionan entre sí a nivel nacional e internacional. La educación legal debe incluir el adiestramiento en esos instrumentos.
8. El derecho es una ciencia social al igual que otras como la economía y la sociología, cuyos contenidos básicos es necesario que los conozcan los juristas. Tiene destacada importancia para los negocios internacionales el conocimiento de la economía internacional. Los procesos de producción, circulación y consumo de bienes y servicios se desenvuelven y explican con frecuencia fuera de las fronteras y los mercados han adquirido carácter internacional. Las normas que regulan esos procesos y esos mercados suponen su conocimiento y forma de operar. El aislacionismo ha quedado sobrepasado.
9. Se cree que la internacionalización de los estudios jurídicos se ha tornado inevitable, pese la gran complejidad que ello supondría. El nuevo sistema vendría a sustituir el que generalmente se observa de estudios nacionales interrelacionados entre sí, que funciona a base del supuesto de que cada uno es conocedor de sus sistemas jurídicos y de la jurisprudencia de sus tribunales. Sin embargo, se observa que para satisfacer las demandas de los clientes se hace indispensable el conocimiento de los sistemas jurídicos principales o al menos de las relaciones que existen entre ellos. Para la educación legal puede ser muy útil el que los estudiantes y abogados estudien y practiquen en países

o regiones diferentes, en los cuales se apliquen sistemas legales diversos, particularmente los enunciados en el Ítem 4.

II

1. La Comunidad Andina es una entidad subregional integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Uno de los organismos de la Comunidad es la Universidad Andina Simón Bolívar, cuya sede principal funciona en Sucre, Bolivia. En Quito, Ecuador, funciona una subsede en la que se imparten programas de posgrado al que asisten alumnos de Ecuador, de las otras naciones andinas y de fuera de la Subregión. No se imparten programas de pregrado. Una de las Áreas que funciona desde hace más de diez años es la de Derecho.
2. En el Área de Derecho se imparten tres tipos de Programas, de especialización superior, de maestría y de doctorado. Los de especialización superior sirven para habilitar a quienes han obtenido el pregrado para trabajar con eficiencia en los sectores público y privado. Su carácter es eminentemente práctico y se imparte por el sistema de casos. Tiene, además, como finalidad el que los cursantes adquieran las destrezas que exige la práctica profesional, las que generalmente no se las obtiene en los programas de pregrado.

Los Programas de Maestría persiguen la profundización de los esquemas teóricos y doctrinarios. Se requiere aprobar trece cursos a cada uno de los cuales se asignan cuatro créditos, lo que da un total de cincuenta y dos. El título de magíster en derecho tiene cuatro menciones; en Derecho Constitucional; en Derecho de Mercado; en Derecho Tributario; y, en Derecho Internacional Económico. Son obligatorios para todas las menciones, los siguientes cursos: Sociología Jurídica, Metodología, Derecho Internacional Económico, Derecho Comunitario y Sistemas Jurídicos Comparados. Adicionalmente se imparten cuatro cursos obligatorios para cada una de las menciones, entre los que cabe destacar: Organización Mundial de comercio; Derecho Financiero Internacional; Derecho del Comercio Internacional; Derecho Ambiental Internacional; Derecho Fiscal Internacional. Finalmente los cursantes deben aprobar cuatro cursos optativos.

Los Programas de Maestría son internacionales y a ellos acceden alumnos de la Comunidad Andina y de otros países. Por el carácter internacional en los cursos, a más del conocimiento de las normas na-

cionales, se analiza el derecho comparado, particularmente el de los países de la Comunidad Andina.

Existe el uso generalizado del internet y de sus principales programas que permiten una adecuada utilización de la información nacional e internacional. Se utilizan también los programas de informática jurídica que permiten un fácil acceso a las normas y a la jurisprudencia nacionales. Puede consultarse las normas vigentes y las anteriores y es posible acceder a la información por temas, por medio de palabra o de frases.

No existe un Programa que persiga en forma unívoca conseguir una educación legal adecuada frente al proceso de globalización. El más cercano a este propósito es el de la mención en Derecho Internacional Económico que podría complementarse con sólidos conocimientos de inglés y con los cursos de *Introduction to the Common Law* y *The Anglo-American Law Contract*, así como con pasantías en países del *Common Law*.

El Programa de doctorado se propone formar profesores e investigadores. A la fecha se encuentra en pleno desarrollo el Primer Programa que se lo lleva a cabo conjuntamente con la Universidad de Valencia, España.

En conclusión, la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador es un centro internacional de estudios de la Subregión Andina, cuya Área de Derecho tiene una amplia disposición de ofrecer y recibir colaboración internacional para conseguir la educación legal adecuada frente a los procesos de globalización.

Carla D. Aceves Ávila,
BASES FUNDAMENTALES DE DERECHO AMBIENTAL MEXICANO,
México, Porrúa, 2003,
529 pp.

por Aimée
Figueroa Neri*

Actualmente existen en el mercado mexicano y obvio es decir en el internacional, numerosos libros que reflejan el pensamiento de serios investigadores respecto de la ecología como ciencia, del derecho ambiental como rama del derecho administrativo o del derecho internacional; también existen numerosos volúmenes acerca de la problemática ambiental mundial y las posibles formas de enfrentarla. Y en el contexto mexicano, ya hay varios

“manuales” o libros de texto sobre derecho ambiental, por ello cuando sale a la luz otra obra sobre derecho ambiental y con la especificación de “mexicano”, surgen las preguntas ¿otro manual más? ¿en qué puede ser diferente a los existentes? ¿vale la pena comprarlo y leerlo? ¿no perderá su vigencia con los cambios legislativos? Sin lugar a dudas, en el caso del trabajo doctrinal y de análisis legislativo de Carla Aceves Ávila no solo mereció la lectura, además me motivó a reseñarlo con mis buenos deseos de difundir la valiosa labor de esta especialista mexicana.

Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano es una obra que aborda el derecho ambiental de manera por demás minuciosa, a pesar de que la autora solicita a sus lectores le perdonen la “superficialidad” con la que abordó los temas. Contrario a lo que ella afirma, considero que su labor ha abarcado tanto los aspectos jurídicos como los extrajurídicos que rodean el tema ambiental (ética, política, entorno social, multidisciplinariedad, etc.) y que son materia de estudio obligado dentro del derecho ambiental. Si le hubiésemos exigido profundizar más, estaríamos hablando entonces de una “enciclopedia jurídica ambiental” ya que el libro consta de 529 páginas y una bibliografía que refleja el rigor científico con que trabajó la autora. *Bases fundamentales de derecho ambiental mexicano* se estructura en cinco grandes partes con sus respectivos capítulos que enuncio a continuación con el fin de evidenciar el vasto trabajo de Aceves Ávila y orientar al lector interesado en la obra:

* Investigadora del Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas (CUCEA) de la Universidad de Guadalajara, miembro del SIN (Sistema Nacional de Investigadores) de México.

Parte I. *Introducción al derecho ambiental*. Conceptos generales del derecho ambiental. Los problemas ambientales globales. El desarrollo sostenible como paradigma ambiental. Fundamento ético y jurídico del derecho ambiental. Nacimiento y ubicación jurídica de la disciplina del derecho ambiental. El contexto internacional como antecedente del marco jurídico nacional de la protección al ambiente. La gestión ambiental pública. La política ambiental mexicana. El marco jurídico ambiental mexicano.

Parte II. *La protección de la diversidad biológica mexicana*. El concepto de diversidad biológica y su importancia para la vida humana. La protección de la flora y fauna silvestres. La protección de los recursos forestales. La protección jurídica del suelo. La protección de los recursos no renovables y energéticos. La protección del agua como recurso natural. La protección de la atmósfera y el espacio ultraterrestre.

Parte III. *La regulación de las actividades productivas y el control de la contaminación*. De la necesidad de controlar la contaminación y sus efectos. El manejo y generación de los materiales y residuos peligrosos. La prevención y el control de otras clases de contaminación.

Parte IV. *Los órganos administrativos de manejo y gestión ambiental en México*. La administración pública de los recursos naturales.

Parte V. *La administración de la justicia ambiental*. El procedimiento administrativo ambiental. Sobre los medios de defensa administrativa en controversias ambientales. Los delitos federales en materia ambiental.

Como puede observarse con facilidad, la obra no se reduce al ámbito legislativo mexicano, ya que se fundamenta en un sólido estudio doctrinal y se enmarca en el contexto internacional; así, este libro presenta un doble atractivo tanto en México como en ámbitos extranjeros: por un lado, el lector encuentra los conceptos y debate científico actual sobre el derecho ambiental y por otro, puede conocer la legislación mexicana y los órganos e instrumentos de gestión pública que administran los recursos naturales además de los cauces de impartición de justicia ambiental que se dan en nuestro país.

Un mérito más de *Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano* es el no seguir la clasificación de temas o recursos naturales de la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* (legislación fundamental a nivel federal en nuestro país) lo que hace que el libro sea de obligada consulta en independencia de los cambios legislativos que suceden en todo ordenamiento jurídico. Lo anterior sin menoscabo del

análisis de las normas de protección al ambiente y los elementos naturales así como de aquellas en materia de control de la contaminación.

El texto que nos ofrece Carla Aceves Ávila es de lectura accesible aun para quienes no son abogados, pues sin dejar de establecer con claridad la delimitación y objetivos jurídicos de los temas, la autora utiliza un lenguaje sencillo y explica con claridad cada una de las problemáticas abordadas. Logra integrar en su obra el sentido del derecho ambiental, no solamente al afirmar sino al demostrar que esta rama del derecho es una disciplina integradora que incorpora en sí misma las ciencias físicas, biológicas, sociales y humanas, con el propósito fundamental de encontrar y establecer una nueva armonía entre los hombres y su relación con la naturaleza para alcanzar un “desarrollo sostenible”, según su propia concepción.

Aceves Ávila señala que su obra es fruto de la inquietud surgida a lo largo de algunos años como docente en las aulas universitarias y por ello comenta los aspectos que considera más relevantes de la legislación nacional e internacional en materia ambiental. El libro fue concebido originalmente para los estudiosos del derecho, pero innegablemente será de utilidad para estudiosos de otras disciplinas que estén interesados en el derecho ambiental. El texto incursiona brevemente en aspectos extrajurídicos, como ya lo señalé, con la intención de complementar los comentarios legales y que la aplicación sea en un contexto adecuado y haciendo la obra más apegada a la realidad. Así el lector común, además de los abogados, encontrará una valiosa herramienta de consulta y aprendizaje de aspectos que van más allá del ámbito normativo mexicano.

Paso a describir cada parte del libro, descripción sin duda breve y que no refleja fielmente la precisión y calidad de la obra en comentario. La primera parte intitulada “Introducción al derecho ambiental” además de ser un comentario específico sobre la política ambiental y el marco jurídico ambiental mexicano, que resultan obligados en una obra de esta naturaleza, también integra y explica definiciones de conceptos que el estudioso de la materia debe dominar para poder adentrarse en el derecho ambiental, además de ciertos conceptos elementales en cuestiones de biología. También se distinguen en este capítulo las explicaciones, más o menos científicas sin llegar a ser excesivamente técnicas, de los problemas ambientales globales, reconociéndolos como problemática “universal” y explicando por qué son importantes para la comunidad global.

La misma parte primera incluye un capítulo sobre el tema del desarrollo, anteponiéndolo como antecedente al contemporáneo concepto del de-

sarrollo sustentable o sostenible. La importancia de este capítulo es enorme pues es poco común encontrar en textos jurídicos, la explicación de este paradigma de nuestros días. Este capítulo repasa brevemente el nacimiento del concepto de desarrollo sostenible y su significado, analizándolo en su dimensión jurídica y explicando la trascendencia del concepto como base medular de las políticas públicas mundiales de nuestros días. Asimismo, me parece importante la breve crónica sobre las diversas cumbres y convenciones de medio ambiente, indispensables para entender el devenir histórico ambiental.

Hay también un capítulo sobre fundamentos éticos y jurídicos que aporta una reflexión para justificar la existencia y necesidad del derecho ambiental en general, sin importar si es nacional o internacional. Lo anterior destaca ya que no es frecuente encontrarnos con discusiones éticas en nuestros días, que resultan sin embargo indispensables para retornar a nuestros más básicos e insustituibles valores humanos. De allí, la autora nos traslada al nacimiento y la ubicación jurídica de la materia dando a conocer sus opiniones sobre el por qué el derecho ambiental tiene características que lo distinguen de todas las otras disciplinas tradicionales del derecho, y de por qué es una disciplina que necesariamente se ha producido a partir del devenir histórico global.

Dentro de la parte segunda “La protección de la diversidad biológica mexicana”, Aceves Ávila analiza el área más amplia de acción del derecho ambiental que consiste en la protección de los recursos naturales y el *habitat*. Analiza la legislación más relevante a nivel federal siguiendo según sus palabras, “los diversos elementos que conforman la diversidad biológica en México”. Comenta la mayoría de disposiciones jurídicas que tiene repercusión en la conservación, preservación o restauración de los elementos naturales del ambiente o el *habitat* en su conjunto, dentro del marco jurídico mexicano. Resulta interesante, como lo he comentado con anterioridad, que la autora se preocupa por hacer entender al lector más allá de las realidades jurídicas y profundiza razonablemente en conceptos tan trascendentes en la materia como el de la “biodiversidad” y establece además de su significado, su importancia para alcanzar el desarrollo sustentable. El capítulo de la “Protección de la fauna y flora silvestres” incluye un estudio de la legislación federal relevante en México, así como un comentario sobre ciertos instrumentos jurídicos de derecho internacional suscritos por México, de importancia para la preservación de la diversidad biológica tales como *La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre* (CITES, por sus siglas en inglés)

y el *Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología de la Convención Marco sobre la Diversidad Biológica*.

Dentro del capítulo sobre “La protección de los recursos forestales”, reconoce la autora que estos recursos tiene una enorme importancia para México, tanto así que el gobierno federal ha desarrollado una política especial para su protección. Sin embargo, hace una crítica sobre los problemas de la gestión de estos recursos, además de analizar la legislación y otras normas relevantes en la materia.

Aceves Ávila considera al suelo como un recurso de vital importancia para la preservación de la diversidad biológica y por ello apunta que le ha dedicado un capítulo especial a la legislación que lo protege. Señala la autora que “el suelo es un recurso natural *per se*, y no solamente un ‘asidero’ en el que moran o casualmente se encuentran los demás recursos. No debe considerarse exclusivamente como un continente para el contenido”. Así también ha contemplado de manera separada, un capítulo que versa sobre las disposiciones normativas que afectan la protección de los recursos no renovables y energéticos. Aclara que no deben equipararse la flora y fauna y hace hincapié en la importancia que revisten para la salud del ambiente y los servicios ambientales.

El régimen del agua, con un análisis enfático sobre la problemática jurídica de su gestión, integra otra sección de la obra. Aceves Ávila explica la necesidad de cuidar tanto la calidad como la cantidad del recurso y hace una distinción de los problemas biológicos inherentes al agua y a los ecosistemas acuáticos. Su estudio incluye secciones sobre ciertas disposiciones internacionales suscritas por México que afectan el régimen legal de las aguas nacionales, el subsuelo marino y los recursos que en ellos se contienen, tales como la *Convención sobre la Alta Mar* y la *Convención sobre Pesca y Conservación de los Recursos Vivos de la Alta Mar*. Finalmente, cierra esta sección un breve análisis sobre las disposiciones enfocadas a preservar la calidad del aire y el espacio ultraterrestre, entendiéndose por aquel al aire respirable por los seres vivos, el espacio aéreo y aquello que se encuentre sobre el mismo, más allá de la jurisdicción federal mexicana.

La parte tercera del libro se centra en el análisis de las disposiciones mexicanas que afectan el ejercicio de las actividades transformadoras que generan algún tipo de contaminación. El primer capítulo habla de la necesidad de controlar la contaminación y sus efectos. Explica por qué la disminución de la contaminación en todas sus formas es una necesidad que

va más allá de un capricho estético. Son esta clase de aportaciones las que, además de la vastedad de la obra, la hacen diferente de cualquier otro material en el mercado. El comentario de la ley no es exclusivamente un análisis jurídico ya que sin perder de vista el objetivo principal de conocer la legislación, se adentra en los aspectos que educan al lector sobre la trascendencia de la misma y su necesidad contemporánea. El segundo capítulo de la sección tercera trata de la generación y el manejo de los materiales y residuos peligrosos desglosando las obligaciones jurídicas de los diversos actores en la gestión de éstos desechos. El capítulo tercero de esta sección no versa propiamente sobre residuos peligrosos, según la clasificación jurídica actual; sin embargo, las clases de contaminación consideradas en él, forman parte de la problemática actual en México en cuestión de residuos.

La cuarta parte de estas *Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano* de Carla Aceves Ávila, consta de un capítulo único en el cual se realiza un análisis de las facultades y atribuciones específicas de los órganos mexicanos encargados de la administración pública federal, en materia de recursos naturales y medio ambiente, centrándose la autora en las autoridades propiamente ambientales, aunque también hace breves alusiones a las facultades complementarias de otras autoridades, como es el caso de las autoridades en materia de agricultura y pecuarias. Al igual que todo el resto de la obra, solamente se comentan aquellos aspectos que se consideran indispensables para una panorámica general de la materia. El lector que no se encuentre familiarizado con la gestión pública ambiental mexicana la encontrará de utilidad para conocer la estructura administrativa genérica a nivel federal; particularmente, se desglosa brevemente la estructura orgánica de la actual Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, incluyendo a sus órganos desconcentrados y a los descentralizados, así como una corta reseña histórica del origen de los mismos.

La quinta y última parte del libro son análisis sobre diversos aspectos en materia de administración de justicia ambiental. Dado que esta disciplina corresponde al ámbito administrativo, es precisamente el procedimiento administrativo el que ocupa la materia del primer capítulo. El segundo capítulo de la sección es un recuento rápido de los posibles medios de defensa administrativa en las controversias de naturaleza ambiental. La autora aclara en repetidas ocasiones que no es la intención profundizar en aspectos procesales, pues no es un texto sobre un curso de derecho administrativo. El último capítulo de la sección quinta consiste en un comentario, desde el punto de vista jurídico ambiental, de los delitos incluidos en el Cód-

go Penal Federal Mexicano que tienen relación con los recursos naturales y el ambiente en general.

A lo largo de todo el texto consta que gran parte del problema ambiental de México se encuentra en la inadecuada práctica de la materia y falta de entusiasmo social por alcanzar una verdadera justicia ambiental, pues muestra por un lado los grandes avances legislativos en administración pública y desarrollo económico, al amparo de esta rama del derecho; pero por otro lado, deja ver el evidente desconocimiento y apatía que aún existen en la ciencia, la tecnología y la cultura que directamente se relacionan con el derecho ambiental y la problemática que pretende regular.

Este libro no es una recopilación del pensamiento de otros, aunque no se encuentra carente de referencias y citas de la doctrina. Sin embargo, no puedo dejar de elogiar el refinado método de expresión que utiliza la autora para darse a entender, pues además de denotar sinceridad, sus ideas se encuentran enunciadas con el tacto de un profesional dedicado; lo cual vuelve la lectura fácil de inicio a fin, con el inconfundible estilo propio de la autora.

La amplia experiencia de Aceves Ávila en la docencia es evidente también a lo largo de toda su obra, lo cual sin duda hace del texto una lectura obligada para aquellos que cursan la materia y la convierte también en excelente herramienta de apoyo para quienes son sujetos de derechos y obligaciones en materia de protección de los recursos naturales y de prevención de la contaminación ambiental, pues pone al alcance de la mano con toda claridad no solamente las particularidades del derecho ambiental mexicano y el derecho internacional, sino que expone también en parte, la problemática social, económica, y política que es consubstancial a la materia del derecho ambiental.

El lector con formación jurídica e inquietud por conocer el derecho ambiental mexicano, quedará sin duda satisfecho con esta obra; pero quedarán también satisfechos todos aquellos interesados en el conocimiento de la materia ambiental, así como aquellos que estén involucrados como actores en la problemática general que aqueja nuestro planeta en materia de protección al ambiente y los recursos naturales. El estudioso e interesado de la materia no encontrará en el mercado material igual, con ese grado de actualización, de vastedad en los temas y de novedad de su enfoque.

No me queda más que felicitar a la autora y a la editorial Porrúa y congratularme por el privilegio de haber reseñado *Bases Fundamentales de*

Derecho Ambiental Mexicano, obra que sin duda está llamada a ser un “clásico contemporáneo” dentro del ámbito jurídico mexicano y espero tenga su merecida difusión en nuestro país y en el extranjero.

Gustavo Zagrebelsky, *EL DERECHO DÚCTIL*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, 156 pp.

por Agustín Grijalva Jiménez*

Los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con las que los juristas trabajan, ni nunca ha encontrado allí su solución...

Con estas provocativas palabras inicia Zagrebelsky este importante libro que tanto ha dado que discutir en Europa y que parece aún poco difundido en nuestro medio. El autor analiza

aquello que por ser fundamental en el Derecho "nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto": las ideas, los métodos, las estructuras de pensamiento de los juristas, los cuales confrontados con los textos normativos, son los que realmente les dan forma.

Dos paradigmas de la historia constitucional europea que el autor esboza en los dos primeros capítulos atraviesan el estudio: el *Estado de Derecho* y el *Estado Constitucional*. El ocaso del Estado de Derecho en la Europa de mediados del siglo XX marca el inicio del *Estado Constitucional*. Caracterizado el primero por la primacía del *principio de legalidad*, la preponderancia del legislativo frente a la pasividad del juez, y el apego positivista al texto de la ley, incluso por sobre la efectiva protección de derechos. Marcado el segundo por la subordinación de la ley y del legislador a la Constitución, y el resguardo de ésta, y en particular de los derechos fundamentales, por parte de jueces creativos, aunque no arbitrarios, en sus interpretaciones.

El *Estado de Derecho*, observa el autor, es la organización del poder compatible no solo con un Estado liberal (en que la administración se sujeta al principio de legalidad y los jueces preservan su independencia) sino incluso con sistemas autoritarios (en que el poder se centraliza y legitima también jurídicamente). El *Estado Constitucional*, en cambio, es la negación del autoritarismo, pues consiste justamente no solo en la organización sino en la limitación del poder, mediante la valla axiológicamente infranqueable de los derechos fundamentales.

Estos dos paradigmas de Estado presentados por el autor podrían ser

* Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

tildados, como todo paradigma, de meramente ideales, en cuanto dan cuenta solo de las rupturas, pero no de las continuidades de la historia constitucional europea. De hecho Guastini, por ejemplo, mediante el más dinámico concepto de *constitucionalización* ha definido varios elementos constitutivos del proceso —antes que del salto— que llevaría a la supremacía de la Constitución sobre la ley.

Esta acusación contra Zagrebelsky, empero, sería en cierta medida injusta, pues su obra esta impregnada de agudos análisis históricos que destacan los procesos socio-políticos e ideológicos de gestación del actual constitucionalismo europeo.

Alrededor de estos dos paradigmas, el Estado de Derecho y el Constitucional; el autor engarza los siguientes capítulos recurriendo a didácticas dualidades entre derechos y ley, humanismo laico y cristiano, justicia y ley, derecho por principios y reglas, así como sus distintos tipos de interpretación. Todo este recorrido integra un ataque conceptual al positivismo jurídico en que se evidencian las limitaciones de la ley respecto a los derechos y la justicia, se destaca el callejón sin salida a que lleva tanto el voluntarismo individualista del humanismo laico, como la pretensión de basar el Derecho exclusivamente en reglas. Para montar esta crítica se despliegan y combinan, desde un renovado y polémico iusnaturalismo, con notable erudición y criterio, elementos de filosofía, historia y teoría del Derecho.

Para Zagrebelsky en el Estado Constitucional los derechos fundamentales y la justicia se hallan separados de la ley y por sobre ésta. Los derechos fundamentales se expresan en *principios*, estos son normas predominantemente constitucionales, generales, abiertas, que requieren del intérprete, en particular del juez, una labor hermenéutica distinta a la exigida por las *reglas*, entendidas éstas como normas específicas, predominantemente legales, con sujetos y supuestos de hecho definidos de los que los principios carecen. El mundo donde predominan las reglas, es decir el de la ley, según el autor, ha sido despojado actualmente de su generalidad y abstracción, para pasar a regular situaciones particulares, y a veces transitorias, de grupos concretos. Esto es lo que Zagrebelsky denomina la *contractualización y ocasionalidad de la ley*. Lo cual contrasta con algunos consensos valorativos generales y el marco institucional para lograr otros, ubicado hoy en día al nivel constitucional.

El Derecho de hoy, para el autor, es un derecho informado fundamentalmente por valores y principios con fuerza normativa, un *derecho dúctil*,

en que se busca la coexistencia de derechos e intereses en recíproca contradicción, antes que la imposición de unos sobre otros, mediante la aplicación mecánica de reglas mutuamente excluyentes. De allí que se requiera de una dogmática constitucional fluida, que pueda adaptarse a la dinámica y complejidad social para regularla.

También aquí podría criticarse al autor el presentar como una clara dualidad lo que para otros está separado por nebulosas fronteras. Es decir, el no exponer y replicar los argumentos de las corrientes hermenéuticas que cuestionan o establecen una distinción débil, esto es muy relativa, entre reglas y principios. Tampoco hallamos una reflexión (presente, por ejemplo, en otro neoconstitucionalista como Ferrajoli) sobre las presiones a las que, a su vez, el Estado Constitucional, incluso como modelo o ideal, se ve sometido: el afloramiento del Derecho y los órganos comunitarios e internacionales así como los desafíos desde lo local, étnico y regional. Además, el rol actual que la ley debería tener en un Estado Constitucional queda poco claro. Pero nuevamente, pese a estas carencias, el autor tiene éxito en cuanto a acercarnos con gran claridad a categorías y tópicos fundamentales para incursionar en estos debates.

¿Cuánto hay de útil para reflexionar sobre el constitucionalismo latinoamericano en la obra de Zagrebelsky? Me parece que mucho. Aunque el autor se centra en Europa, el lector se ve obligado a pensar semejanzas y diferencias con nuestra región. Uno puede, por ejemplo, preguntarse si van surgiendo entre nosotros elementos del Estado Constitucional, si éste es realmente el modelo que deberíamos buscar, o si surgieron o surgen hoy entre nosotros algunos componentes del Estado de Derecho.

En todo caso, *El Derecho Dúctil*, es una excelente introducción a la versión ideológica del neoconstitucionalismo europeo, entendido este último, en el análisis de Prieto Sanchis, como una propuesta de un modelo de Estado, caracterizado por amalgamar dos tradiciones constitucionales hasta hace medio siglo divergentes, la de los Estados Unidos de Norteamérica, asentada especialmente sobre pactos mínimos y garantías, y la de Europa Occidental, levantada sobre amplios programas políticos en buena parte desprovistos de garantías. Hoy se busca garantizar jurídicamente todos los valores políticos contenidos en las constituciones. Tal propósito imprime o debería imprimir mutaciones profundas en el conjunto del Derecho de nuestros días. Con las nuevas corrientes constitucionales asistimos, como diría Ferrajoli, al desarrollo de todo un Derecho para regular al Derecho.

El *Derecho Dúctil* es una obra polémica pero lúcida y fundamental, como lo han reconocido incluso sus mayores detractores. Su lectura es más que conveniente para todo aquel interesado en las vertiginosas y hondas transformaciones del Derecho actual; esa lectura se vuelve indispensable en el caso de los constitucionalistas y especialistas en derechos humanos.

María José Reyes López (coord.), **DERECHO DE CONSUMO**, segunda edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 583 pp.

por Dunia
Martínez Molina*

Esta obra recoge el trabajo conjunto de doce expertos españoles entre los que encontramos tanto a docentes del área de Derecho civil y administrativo de la Universidad de Valencia, como a autoridades de la Junta Arbitral de Consumo y Magistrados de la Audiencia Provincial valenciana. Este manual del Derecho de Consumo, analizado tanto en el marco de la doctrina y legislación española como en el de la Comunidad Europea, será de indiscutible utili-

dad y se constituirá en una fuente obligada de consulta sobre el estado actual de este derecho, pues no solo enfoca una variedad de temas sino lo hace con profundidad.

La obra se divide en ocho capítulos que estudian el derecho de protección a los consumidores en los ámbitos Estatal Español, Comunitario y Autonómico. En el *primer capítulo*, María José Reyes López aborda aspectos básicos, referentes a la justificación de la protección específica de los consumidores y usuarios en el ámbito estatal español y el principio de protección al consumidor en la Comunidad Europea. La autora evidencia además la influencia de la regulación del Derecho del Consumo en el ámbito del Derecho Privado.

En el título II *Guillermo Palao Moreno*, realiza una ilustrativa descripción de la evolución y consolidación de la protección de los consumidores en el ámbito Comunitario Europeo, mientras, en el III, *María José Reyes López* analiza asuntos relativos a la competencia del Estado y de las Comunidades autónomas en materia de Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, con especial referencia a la Competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana.

El *segundo capítulo* es desarrollado por *José Pascual Fernández Gimeno* y se refiere a la definición de consumidor, sus diferentes concepciones y el ámbito de aplicación de la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario de España.

Los capítulos tercero y cuarto analizan temas tales como la protección

* Asistente académica del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

de derechos básicos: derecho a la salud y a la seguridad, a la protección de los intereses económicos y sociales. Asimismo aborda la interdisciplinariedad normativa, la protección contra la publicidad ilícita y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Especial importancia merece el tema de la contratación electrónica que se inicia con el abordaje de conceptos básicos sobre el mercado electrónico, el comercio y la contratación electrónica. Las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión del consumidor son desarrolladas brevemente en el título IV, mientras que el crédito al consumo es desarrollado en el título V de este capítulo.

Las condiciones generales de la contratación han merecido también un estudio especial, realizándose un análisis de la Ley / 1998 de Condiciones Generales de la Contratación española, su ámbito de aplicación, el concepto legal español de "condición general" y de "cláusula abusiva", además de referirse a aspectos procesales de la Ley que nos servirán para la profundización en el conocimiento de este tema y posibilitarán un estudio comparativo con la legislación y realidad ecuatoriana.

En los capítulos quinto y sexto se escribe sobre el derecho a la información, a la educación y al consentimiento informado de los consumidores, temas de especial importancia en el mundo de hoy.

El capítulo séptimo analiza el Derecho básico de protección a los consumidores y usuarios en diferentes dimensiones, la competencia estatal y la competencia autonómica, los derechos de audiencia en consulta, representación, y participación manifestados en instituciones tales como los Consejos de Consumidores y Usuarios, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, de las que se delimita con simplicidad su naturaleza jurídica, ámbito de actuación en el ejercicio de acciones, participación en el arbitraje de consumo, entre otros. En este capítulo encontramos importantes referencias al acceso de los consumidores a la justicia en la Unión Europea y la perspectiva procesal de la protección comunitaria, tanto a nivel del consumidor individual como la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Subrayamos, con especial atención, la inclusión de un extenso y detallado título referente al sistema arbitral de consumo dentro de las soluciones procesales de acceso a la justicia del consumidor que nos ubica con profundidad y claridad en la importante experiencia española y que abarca el marco jurídico del sistema en mención, contenidos en la Constitución española, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el ámbito comunitario

se hace expresa referencia a los documentos de la Unión Europea, posteriormente se desglosa ordenada y claramente asuntos de interesante referencia como la naturaleza, características, objeto y ámbito de aplicación, órganos del sistema arbitral de consumo, explicándose la constitución, composición, competencia y funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo y de los Colegios Arbitrales.

Finalmente el *octavo capítulo* aborda el Régimen de Conformidad y Garantía en los Productos y Servicios y el régimen de responsabilidad civil y administrativa.

La amplia gama de temas estudiados evidencian la cada vez más creciente importancia de este novel derecho, de significativo desarrollo en España y en el ámbito comunitario europeo en general, evidenciándose su relevancia como uno de los pilares para la consolidación del mercado interior europeo.

Cabe destacar el interesante y actualizado fondo bibliográfico que podemos consultar al final de cada artículo, referido en especial a documentos publicados en España.

Con la lectura detallada de este libro podemos conseguir un conocimiento integral y especializado del tema y obtener una significativa orientación respecto a la evolución, dinámica e importancia creciente del Derecho de consumo en Europa, especialmente en España.

Peter Häberle, *EL ESTADO CONSTITUCIONAL*, trad. Héctor Fix-Fierro, estudio introductorio de Diego Valadés, Lima, Universidad Nacional Autónoma de México / Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, 339 pp.

por César
Montaño Galarza*

Quien desarrolla este fascinante libro, que se podría decir se inscribe en el proceso permanente de construcción de una renovada teoría de la Constitución, evidencia en cada línea de su escrito, por un lado, la gran formación filosófica, artística, literaria, y jurídica que posee, y por el otro, el amplio alcance de sus reflexiones, que se proyectan sin exagerar, desde la realidad del constitucionalismo europeo hacia el del resto del mundo. Todo esto ratifica la opinión

que Diego Valadés incorpora en el estudio introductorio a la obra del maestro de Bayreuth cuando manifiesta que Peter Häberle es un “Jurista para el Siglo XXI”.

Con este sugerente abreboca trataremos de evidenciar algunas de las líneas maestras de la propuesta de Peter Häberle. Este libro que ahora comentamos tuvo su germen ya de forma programática hace poco más de veinte años, y sin embargo, nos llega recién ahora, como un producto muy nuevo y en nuestro entender arrollador de las doctrinas carentes de dinamismo y dialéctica, y de aquellas dotadas de una reflexión cerrada acerca de sus elementos las más de las veces de corte clásico.

En seis capítulos el autor de *El Estado Constitucional* nos lleva de la mano por vastos campos de conocimiento que evocan desde el tipo de Estado constitucional, como conquista cultural, hasta lo que se ocupa de explicar las necesidades de reforma en el Estado constitucional de la etapa evolutiva actual, pasando por puntos trascendentes como: i) El concepto de Constitución con explicación de la teoría de la Constitución como ciencia jurídica de los textos y la cultura. ii) La evolución histórica, la dimensión del tiempo (por ejemplo: los textos de los clásicos en la vida constitucional, el pensamiento de las posibilidades junto con el pensamiento de la realidad y las necesidades); el Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva (tiempo y espacio); el tiempo y la cultura constitucional; la euro-

* Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

peización y la internacionalización (la visión del mundo del Estado constitucional), el “Estado constitucional cooperativo”. iii) El tratamiento del tema por la ciencia cultural (evolución de las etapas textuales en el espacio y el tiempo, la concepción “mixta” de la Constitución, la relevancia potencial de los proyectos de Constitución, los problemas de las fuentes del derecho en el Estado constitucional). iv) El proceso constituyente: modificación e interpretación de la Constitución; la jurisdicción constitucional. v) Algunas manifestaciones particulares (por ejemplo: la dignidad humana como “premisa antropológico-cultural” del Estado constitucional; la democracia como “consecuencia organizativa”); aspectos de filosofía de las imágenes (del hombre, del Estado, del pueblo, de Dios, del mundo); la “libertad cultural”; los fines de la educación (los derechos humanos como fines educativos); la democracia como consecuencia organizativa de la dignidad humana; la división de poderes, órganos y funciones; el Estado social de Derecho; Estado de cultura y Derecho constitucional de la cultura: el concepto abierto de cultura; bien común y tareas del Estado; trabajo y propiedad; economía social y ecológica de mercado; federalismo y regionalismo como pluralismo territorial y división cultural de poderes; máximas de justicia en el Estado constitucional; los preámbulos; las referencias a Dios, derecho constitucional de la religión; el derecho del domingo y los días festivos; la defensa de la Constitución. vi) Necesidades de reforma en el Estado constitucional de la etapa evolutiva actual: el Estado constitucional en la perspectiva de la evolución histórica; la política constitucional y las utopías; los campos ejemplares de la política constitucional.

A lo largo de todo su admirable y comprensivo trabajo, Häberle dialoga con gigantes de la ciencia constitucional de otros tiempos y actuales, entre ellos, con Hesse, Heller, Smend, Weber, Popper, Kelsen, Jellinek. Rescata el pensamiento relevante, desecha o critica lo que no encaja con su concepción, y aporta ideas en orden a afirmar su teoría de la Constitución como producto de la cultura de una sociedad imbuida por valores, entre otros, por los valores de la tolerancia, por el respeto a los derechos fundamentales, y por la inclusión de todos en una *sociedad abierta* para hacer la Constitución, para sentirla como una parte medular de la vida social organizada, para interpretarla y “cultivarla” como herramienta para la cohesión de la sociedad (intérprete cooperativo), y para cambiarla progresivamente al ritmo de ajustes en la cultura.

La obra en comentario trae sesudas manifestaciones en orden a incentivar los estudios de Derecho comparado como cultura comparada, además, a esta disciplina le atribuye el calificativo “quinto método de interpreta-

ción”. Otro asunto por destacar consiste en que no deja por fuera una realista discusión acerca del proceso de construcción normativa en Europa (como concepto cultural integrador), no sin dejar de señalar que eventualmente sus apreciaciones serían aplicables en cualquier otro contexto de integración económica que se esté desarrollando en otras partes del orbe. Mantendremos distancia con esta posición, pues extrañamos que la posición de Häberle al abordar desde una teoría de la Constitución los temas implicados en la integración económica supranacional, no cobije en sus reflexiones elementos bastante visibles tanto para los países desarrollados como para los de menor desarrollo económico, nos referimos a las diversas formas que adoptan las constantes presiones sobre todo políticas y económicas, encaminadas desde los primeros hacia los segundos, lo que en más de una ocasión ha hecho que en nuestros países se lleven adelante profundos procesos de reformas legislativas y constitucionales para “ajustar” el ordenamiento nacional a las exigencias del mundo contemporáneo, esto es, según nuestra óptica, para que estos últimos bailen al son que toque el mercado y los intereses de los países más ricos del mundo.

Häberle se percata de un síntoma constitucional bastante diseminado en países de varios continentes, él establece que la proyección de la Constitución de nuestra época tiene tres dimensiones, la primera nacional, la segunda relativa a la distribución del poder, y la tercera demostrativa de la apertura de la Constitución a la comunidad internacional, cuestión esta última que en el estado actual de las cosas, puede evidenciarse no solo en el contexto europeo sino en otros. Ciertamente, un caso para citar es el que refiere los numerosos procesos de cambios constitucionales vividos en las últimas décadas, al menos en los países que son miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela). El autor anota una única condición para este proceso, que es sincrónico, se dé: debe producirse al mismo tiempo y en el mismo espacio geográfico. Al contrario de lo que muchos pensamos sobre este mismo ámbito de estudio, no acepta que lo que se ha denominado “constitucionalismo cooperativo” como insumo para la integración de los estados, afecte la soberanía.

Resalta en la propuesta häberliana la atribución de una singular responsabilidad mancomunada al tribunal constitucional, en cuanto tiene que ver con la garantía de la Constitución y en su actualización como expresión del contrato o pacto social al que llegan las diversas generaciones. De allí deriva el que no considere que solo los jueces sean los guardianes de la Constitución, sino todos los integrantes de la sociedad (sociedad abierta y pluralista), lo que permite apreciar las fuertes y no pocas interacciones que

se dan entre la Política y el Derecho. Todo lo cual se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.

Entre otras tantas, una de las cuestiones que llama la atención y que seguramente causa ya mucho debate en la obra que referimos, es la que trata sobre los elementos del Estado, pues Häberle habla de incorporar a la Constitución en la clásica tríada: pueblo, territorio, poder. Miramos con buenos ojos esta posición porque implica que un cuerpo normativo de la más alta jerarquía como es la Carta Política, cobijaría y sobre todo reconocería el espacio de cada uno de los elementos enumerados proveyéndoles sustento: al pueblo, con el reconocimiento de los derechos y de las garantías; al territorio, con la justificación de la jurisdicción del Estado, concibiéndolo como plataforma para desplegar la soberanía y anclar variados vínculos de diversa índole con las personas; y al poder, con el reconocimiento de sus atribuciones exclusivas y limitadas por el Derecho, los valores y los principios. Así, el Estado constitucional cuenta con elementos que cierran en un perfecto círculo.

El autor concibe a *El Estado constitucional*, como la integración de miembros en un ámbito de libertades irrenunciables e imprescriptibles. Acerca de los derechos fundamentales destaca su fuerza expansiva, las garantías y la independencia de la jurisdicción. En esta misma línea defiende la dignidad humana –pilar irremplazable del Estado constitucional– como premisa que parte de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad.

Como relaciones destacadas en la formulación del Estado constitucional, Häberle nos conduce a los conceptos de Derecho y de verdad, la verdad concebida como un valor esencial del derecho actual; también indaga la relación entre la democracia, los procesos normativos y la cultura, destaca que los procesos normativos y la cultura entran en sinergia y se estimulan recíprocamente.

Por otro lado, magistralmente conecta el concepto de “fundamentalismo” con el de “diversidad cultural”, inclinándose por sugerir la necesaria organización pragmática de la convivencia de muchos fundamentalismos políticos, económicos, religiosos, culturales, de nuestro tiempo; leamos entonces a “la tolerancia” como una línea maestra de la propuesta. Dedicamos también parte de su libro al Derecho cultural en la manifestación de protección de los bienes culturales; el Derecho y la cultura (Estado de cultura abierto) funcionan con efecto sinérgico que genera progresivamente instituciones renovadas y renovadoras.

En la obra se defiende que una auténtica Constitución se da en el punto en el que convergen norma y normalidad para expresarse como cultura, siendo por lo tanto, la norma la autorrepresentación cultural de la sociedad.

En la concepción del Estado constitucional de Peter Häberle se plantea el tema de la reforma constitucional, como una manifestación de desarrollo constitucional, como categoría temporal. Alude al “ecumenismo institucional” como movimiento de aproximación y convivencia de todas las instituciones. En su pensamiento las etapas sucesivas son las que coadyuvan en la construcción de un orden normativo menos imperfecto, el principio de la soberanía popular juega un rol preponderante: caracteriza la unión actualizada constantemente por la voluntad.

Según Valadés, *El Estado constitucional* ofrece argumentos en torno a la consolidación de la democracia por medio de la Constitución y presenta un enfoque original para entender la relaciones simbióticas entre norma y cultura. Muestra las claves del poder en un siglo caracterizado por la expansión y consolidación de los derechos culturales, de la libertad y la justicia.

Con sinceridad expresamos nuestro temor porque este comentario desluzca la magistralidad de la propuesta que Peter Häberle hace con esta obra como aporte a todas luces singular para la discusión de la teoría de la Constitución en los continentes europeo, americano, asiático y africano. Por fortuna este título ha sido traducido al castellano por el maestro mexicano Héctor Fix-Fierro, quien con sapiencia y rigurosidad ha sabido dar a su contenido la dimensión y tesitura exactas, fieles a las ideas muchas de las veces originales de Häberle.

Finalmente, veo como obligada la lectura de *El Estado constitucional*, sobre todo por los constitucionalistas y otros operadores jurídicos iniciados en la materia, sea para fines prácticos o académicos.

Horacio García Belsunce, *TRATADO DE TRIBUTACIÓN*, tomo I, vol. 1, 877 pp. y vol. 2, 671 pp., Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003.

por José Vicente Troya Jaramillo*

El Tratado se integra de dos partes, la primera que ha visto la luz y que es objeto de esta recensión, concierne al *Derecho tributario* y la segunda a la *Política y economía tributaria*. Es una obra con visión interdisciplinaria sobre la tributación.

Los dos volúmenes del *Derecho tributario* se integran con estudios de carácter monográfico, realizados por los especialistas argentinos más connotados, quienes han aunarado esfuerzos y brindado su colaboración

para publicar la obra y de ese modo conmemorar los cincuenta años de que se fundara la Asociación Argentina de Estudios del Derecho Fiscal en la actualidad Asociación Argentina de Estudios Fiscales denominación abarcativa de lo jurídico, de lo económico y de otros aspectos que configuran este ámbito.

Tales estudios afrontan cuestiones introductorias atinentes a la ciencia de las finanzas y a la actividad financiera, así como al derecho financiero y al derecho tributario; una parte general sobre la metodología del ramo tributario, sobre los tributos y su clases, sobre el derecho constitucional tributario sobre la fuentes del derecho tributario, sobre la codificación del mismo y sobre la ley y los diversos aspecto que ella suscita; y otra parte que contiene lo que podría denominarse la teoría general de la tributación que incluye el derecho material tributario, el administrativo o formal, el procesal, el penal, el internacional y el comunitario. El esquema y la distribución de materias en los diversos capítulos son los que se suele adoptar. Cabe destacar la inclusión de un novedoso capítulo sobre el Derecho Tributario Comunitario y la alusión a un rico fondo bibliográfico en la parte final de la obra.

En la *Introducción*, Horacio A. García Belsunce discurre sobre la actividad financiera del Estado, objeto de la Ciencia de las Finanzas Públicas. Analiza su naturaleza; se refiere a las teorías económicas, políticas y sociológicas que la explican y se decide con matizaciones por la política. Es-

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

ta cuestión es de vieja data y ha sido objeto de preocupación de los grandes hacendistas europeos y latinoamericanos. En nuestro medio destacan las obras del doctor Eduardo Riofrío Villagómez, al igual que en Colombia las del doctor Esteban Jaramillo. Se refiere al Estado como sujeto de la actividad financiera y reconoce que esta se desenvuelve en los ámbitos fiscal y extrafiscal. Es muy importante el énfasis que pone al reconocer que se trata de una actividad instrumental y que en eso se distingue de la administrativa. Al concluir señala las diferentes ciencias que se han ocupado de la actividad financiera y principalmente alude a la Ciencia de las Finanzas Públicas y al Derecho financiero.

Como parte de la *Introducción*, Rubén O. Asorey estudia al Derecho tributario dentro del Derecho financiero. Dedicó buena parte de su trabajo al estudio del Derecho Financiero, cuya autonomía la reconoce a través del carácter medial o instrumental de la actividad financiera y en la relación inescindible de los ingresos y gastos públicos. Enfatiza la pertenencia de esta disciplina al derecho público y administrativo, cuanto al constitucional. Es interesante el previo señalamiento de los aspectos que es necesario cumplir para alcanzar la autonomía, entre los cuales destaca el método, el objeto y los principios caracterizadores de un ramo. Da cuenta del arduo debate sobre la autonomía a nivel internacional y latinoamericano. Respecto del Derecho Tributario afronta la cuestión de su autonomía y de si se puede considerar la única disciplina que en el ámbito financiero público goza de autonomía. Al concluir su trabajo se refiere al problema de la enseñanza de este ámbito del conocimiento, influenciada por las concepciones teóricas.

Luego de la *Introducción*, viene la *Parte I* en la cual se abordan las cuestiones fundamentales del Derecho Tributario. Sobre su metodología, Jorge Héctor Damarco luego de analizar cuestiones metodológicas sobre el conocimiento científico en general, aplica sus reflexiones a la ciencia del derecho tributario en particular y a sus relaciones con otras disciplinas del conocimiento y puntualmente con las normas contables. Este estudio es realmente original y no suele constar en las obras de Derecho Tributario.

En la *Parte I* sobre la fuentes del Derecho Tributario, Roberto Mario Mordegliá, dentro de las Consideraciones Generales, estudia el principio de legalidad de la Administración, el concepto de primacía de la ley y el de reserva legal. Posteriormente se refiere a las fuentes del Derecho Tributario en particular, dentro de las cuales reconoce la Constitución, los tratados, el Derecho Comunitario, con especial referencia al Mercosur, los

principios generales, la ley como fuente principal del Derecho Tributario Interno, la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

En la *Parte I* sobre la codificación del Derecho Tributario, Eduardo Baistrocchi efectúa una investigación sumamente amplia. Da cuenta de los principales modelos y textos vigentes entre los que se debe destacar la Ordenanza alemana, la Ley General Tributaria de España, el Modelo OEA-BID de Código Tributario para América Latina y el Modelo propuesto por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios, los Códigos vigentes en América Latina. Especial atención le merece el desarrollo del tema en Argentina, así como las vicisitudes del proceso codificador.

Igualmente en la *Parte I* consta el amplio estudio de José Osvaldo Casas sobre los principios jurídicos de la tributación. El estudio comprende dos partes, una de carácter general que afronta aspectos introductorios y aproximaciones terminológicas e inclusive alude al novísimo tema del estatuto del contribuyente. La segunda parte concierne a los principios jurídicos de la tributación, concretamente a la legalidad, igualdad, equidad, capacidad contributiva, generalidad, proporcionalidad y progresividad, no confiscatoriedad. Incursiona en el estudio de las relaciones entre garantías y derechos fundamentales y tributación. Destaca el análisis sobre la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

La interpretación de la ley tributaria y su aplicación en el tiempo y en espacio, que también integran la *Parte I*, son temas que abordan, en su orden, Alberto Tarsitano, Gustavo J. Naveira de Casanova y Guillermo O. Teijeiro. A más de los tópicos usuales en la interpretación de la ley, se estudia el fraude de la ley y la simulación, así como el criterio de la realidad económica, el principio de la calificación jurídica en la jurisprudencia y la tensión entre forma y sustancia en los países del *common law*. El estudio referente a la vigencia de la ley en el tiempo privilegia, y con razón, toda la problemática que suscita la retroactividad. El estudio amplísimo sobre la aplicación de las normas en el espacio, en su parte medular, contiene un análisis prolijo y pormenorizado de los problemas del derecho internacional tributario y de los que surgen por la doble imposición. Adicionalmente se ocupa de la distribución y ejercicio de la jurisdicción tributaria en el orden interno.

Concluye la *Parte I* el estudio de Ángel Schindel sobre los tributos y sus clases. En el mismo se define los tributos y se estudia sus especies, vale decir los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales. En la parte

final se analiza las contribuciones parafiscales y dentro de ellas las profesionales y similares; los empréstitos forzosos y el ahorro obligatorio.

La *Parte II* contiene el Derecho Constitucional Tributario desarrollada por Rodolfo R. Spisso, Enrique G. Bulit Goñi y Graciela L. Telerman de Wurcel, quienes, en su orden analizan el poder tributario o de creación de tributos y su distribución; la coordinación de las potestades tributarias en distintos niveles de gobierno en el régimen federal argentino; y, los principios y garantías constitucionales analizados también por José Osvaldo Casás.

La *Parte III* que contiene el Derecho Tributario Material la expone José Carlos Bocchiardo, quién afronta las cuestiones inherentes a la relación jurídico-tributaria, a la obligación tributaria, a los sujetos y objeto de la misma, y a su nacimiento, extinción y privilegios. También estudia las denominadas obligaciones formales o accesorias. Es indudablemente la parte que mejor caracteriza al Derecho Tributario.

La *Parte IV* estudia el Derecho Tributario Administrativo o formal. En ella Horacio Ziccardi expone los temas atinentes a las funciones y deberes de los organismo recaudadores, a la determinación y liquidación de las obligaciones tributarias, a la declaración jurada y las presunciones y ficciones en el Derecho Tributario. Es un capítulo del Derecho Administrativo aplicado al ámbito tributario.

En la *Parte V*, Horacio Damián Díaz Sieiro afronta los temas del proceso contencioso tributario y en consecuencia del Derecho Procesal Tributario. Al propósito, da razón de los varios sistemas y de la evolución histórica de este tópico; analiza el control constitucional; estudia el procedimiento contencioso tributario, la acción y demanda de repetición, la acción de amparo, la impugnación de los actos administrativos de alcance general, el habeas data, la ejecución fiscal, y los recursos ante la Corte Suprema. En el proceso tributario han de observarse los principios básicos de todo proceso, mas su desenvolvimiento en cada país tiene caracterizaciones diferentes. Susana Camila Navarrina complementa esta *Parte* con el estudio de las medidas cautelares y el amparo tributario.

En la *Parte VI*, Héctor Belisario Villegas estudia el Derecho Tributario Penal. Luego de referirse a cuestiones previas y sobre todo a la naturaleza de este ramo, analiza la evasión fiscal y las diferencias con la elusión; los elementos objetivos de los tipos penales, la antijuridicidad, el elemento subjetivo, la participación de las personas físicas y jurídicas, el concurso de infracciones, las sanciones y su extinción y las contravenciones.

La *Parte VII* concerniente al Derecho Tributario Internacional corre a cargo de Adolfo Atchabian quien, luego de una breve visión histórica, estudia la doble y múltiple imposición, el novedoso tema del arbitraje internacional, el uso impropio de los convenios y la transparencia y planificación tributaria internacional. Parte de esta temática se la encuentra en el trabajo mencionado de Teijeiro sobre la aplicación de la ley en el espacio nacional e internacional. La *Parte VIII* asumida por Agustín Torres referente al Derecho Tributario Comunitario complementa el Derecho Tributario Internacional. Su objeto principal es la tributación y el Derecho Comunitario con especial referencia al Mercosur.

Preceden a este Tratado otros, entre los que es oportuno señalar, el del Instituto Colombiano de Derecho Tributario (2a. edición actualizada, Santa Fé de Bogotá, D.C., Colombia, 1999); el *Trattato di Diritto Tributario* dirigido por Andrea Amatucci con la colaboración de Eusebio González por los autores españoles y Walter Schick por los autores alemanes, el mismo que se vierte en cuatro volúmenes que en su orden estudian el derecho tributario y sus fuentes, la relación jurídica tributaria, el procedimiento de la actuación de la norma tributaria y los tributos en Italia (CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, Italia, 1994), *Trattato* traducido parcialmente al español con el título Tratado de Derecho Tributario dirigido por Andrea Amatucci, con la colaboración de Eusebio González García por los autores españoles y Christoph Trzakalik por los autores alemanes, dos tomos, Editorial TEMIS S.A., Bogotá Colombia, 2001; y, el Curso de Derecho Financiero y Tributario de Martín Queralt, Lozano Serrano, Casado Ollero y Tejerizo López, Editorial Tecnos, 11a. edición, Madrid 2000 que incluye comentarios al sistema tributario español.

Los estudios monográficos mencionados conforman lo que podría considerarse como una enciclopedia tributaria de la parte general del Derecho Tributario, en la que no se suele abordar el análisis de los sistemas tributarios particulares y muestran los enfoques de la doctrina latinoamericana. En la literatura tributaria precedente, varios de los autores de los estudios han incursionado con éxito en los temas que a cada uno ha correspondido afrontar en el Tratado. En ese sentido, más que la novedad, reviste importancia el haber juntado en una sola obra dichos estudios, los cuales son un material de mucha importancia para quienes se ocupan de este ramo del saber.

Amerita mención especial el doctor Horacio A. García Belsunce, Director del Tratado y emérito tributarista latinoamericano. Su noble y sapiente figura nos recuerda a insignes y conspicuos tratadistas como los

doctores Carlos M. Giuliani Fonrouge, Rubens Gómez de Sousa y Ramón Valdés Costa autores del Modelo de Código Tributario para América Latina y de lo que con propiedad indiscutible se ha calificado, de doctrina tributaria latinoamericana.

El Tratado constituye un aporte valioso para el estudio de la tributación y se enmarca en la línea de pensamiento ya trazada a cuya perdurabilidad contribuye de modo notable. Es un esfuerzo plausible digno de todo encomio que será de mucho beneficio para el país, para la Subregión Andina y en general para América Latina.

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación a la conexión entre derecho de la integración y derecho internacional público

*María Cecilia Pérez Aponte**

Los Países Miembros de la Comunidad Andina basan sus relaciones con terceros países u otros sujetos, tomando como marco jurídico el derecho internacional público y el derecho de la integración. No existiría problema alguno si ambos marcos internacionales no se contraponen. Sin embargo, puede darse el caso de una laguna o conflicto de normas para un caso específico. En esas situaciones, ¿qué norma preferir en caso de que llegase a haber un conflicto entre ambos ordenamientos? ¿Puede un País Miembro de la Comunidad Andina alegar el incumplimiento del ordenamiento subregional, so pretexto de ceñirse a los compromisos adoptados en un tratado bilateral o multilateral? Este artículo busca acercarnos a una primera respuesta a estas preguntas.

FORO

INTRODUCCIÓN

Los Países Miembros de la Comunidad Andina, sujetos de derecho internacional público, basan sus relaciones con terceros países u otros sujetos, tomando como marco jurídico el derecho internacional público y el derecho de la integración.

No existiría problema alguno si ambos marcos internacionales no se contraponen. Sin embargo, puede darse el caso de una laguna o conflicto de

* Asistente Senior en el Área de Cooperación Técnica y Relaciones Internacionales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Perú.

normas para un caso específico. En esas situaciones, ¿qué norma preferir en caso de que llegase a haber un conflicto entre ambos ordenamientos? ¿Puede un País Miembro de la Comunidad Andina alegar el incumplimiento del ordenamiento subregional so pretexto de ceñirse a los compromisos adoptados en un tratado bilateral o multilateral?

Al respecto, decidimos tratar este tema sobre la base de las siguientes consideraciones:

- Relación entre derecho internacional y derecho comunitario andino.
- Principio de especialidad.
- Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Quizá recurriendo a estos tópicos generales y a la jurisprudencia andina no abarquemos la totalidad de posibilidades, sin embargo, creemos que sobre la base del análisis de dichos puntos podemos llegar a una primera respuesta.

RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO COMUNITARIO ANDINO

Cuando hablamos de la relación entre el derecho internacional público y el derecho comunitario andino, es preciso ceñirnos al origen de ambos, y ello se halla en el derecho de los tratados.

La relación entre el derecho comunitario y el orden jurídico internacional muestra al derecho internacional general como una de las fuentes del derecho comunitario, con las limitaciones que se derivan del particularismo característico del sistema comunitario, que en el caso de la Comunidad Andina está determinado, entre otras cosas, por el art. 42 del Tratado de Creación del Tribunal, que le da a este órgano comunitario la exclusividad en la solución de controversias que surjan con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.¹

Para Guy Isaac las normas de los tratados se sitúan en la cima de la jerarquía del ordenamiento jurídico comunitario.² Por ello, en su opinión, éstas prevalecen con respecto a otras fuentes del derecho comunitario. Asimismo, señala que en el marco comunitario europeo los tratados pasan previa-

1. Sentencia del Proceso I-IP-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2. Guy Isaac, *Manual de Derecho Comunitario General*, cuarta edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1995, p. 141.

mente por una revisión por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el que emite su dictamen sobre el particular. Añade además, que los tratados comunitarios prevalecen sobre otros tratados celebrados entre los estados miembros. Ello es lógico en la medida en que al haber decidido formar parte de un régimen de integración, bajo ciertas reglas, los tratados posteriores tienen como límite el marco comunitario. Isaac es aún más radical, pues considera que: “los [tratados] que habían sido celebrados antes de su entrada en vigor [de la norma comunitaria] sólo siguen siendo válidos en la medida en que son compatibles con ellos”.³

Por lo tanto, los estados miembros no pueden alegar tratados o convenios existentes o por celebrarse entre ellos para someter una controversia que corresponde al marco comunitario, al derecho internacional público.

Consideramos que esta situación se presenta de manera similar en el ámbito de la subregión andina. En efecto, como ya lo veremos más adelante, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina —en adelante TJCA— en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado sobre este tema.

Sin embargo, el problema se da frente a la relación de los estados miembros con terceros países. Sobre el particular Isaac señala que los estados deben procurar liberarse de los compromisos asumidos con anterioridad y que violen el derecho comunitario.

Consideramos que efectivamente esa es la salida más clara, eficiente y correcta para poder salir de un problema de conflicto, entre una relación regida por el derecho comunitario frente a una de derecho público.

En efecto, cuando una norma de derecho comunitario afecta a otros sujetos internacionales, el carácter obligatorio de los compromisos asumidos vinculados a la decisión política, pone al Estado Miembro en un dilema ciertamente difícil de solucionar.

Cuando se trata de recomendaciones o pronunciamientos de carácter no obligatorio, como es el caso de las “Declaraciones Presidenciales” en la subregión, no se produce violación del derecho comunitario. Sin embargo, se ven afectadas la buena voluntad y la palabra dada para cumplir con cierto objetivo. Pero cuando se trata de “Tratados”, “Decisiones” o “Resoluciones” podemos pensar en la imposición de sanciones.⁴

3. *Ibid.*

4. Manuel Díez de Velasco Vallejo, *Las Organizaciones Internacionales*, décima primera edición, Madrid, Tecnos, 1999, p. 146.

Se dice asimismo que la norma comunitaria es supranacional. Es decir, que la norma comunitaria es de carácter obligatorio e imperativo, y se aplica directamente desde su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*. Este carácter en el proceso de integración andino se ve reforzado con la posibilidad de coacción que tienen las instituciones comunitarias sobre los Países Miembros, en caso de incumplimiento. Sin embargo, como bien dice Suárez, la supranacionalidad en la Comunidad Andina es débil, debido a la falta de autonomía financiera, ya que los fondos para el mantenimiento del Sistema Andino de Integración provienen de los aportes de los Países Miembros, lo que ocasiona grandes problemas al proceso de integración, debido a que el cumplimiento en los aportes depende en muchos casos del interés que un País Miembro tenga sobre un tema determinado.⁵

Finalmente, consideramos importante resaltar el carácter coactivo de la norma comunitaria frente a la norma internacional. Como bien señalan Novak y otros, el derecho internacional público es una disciplina jurídica, especialmente problemática, caracterizada por carencias institucionales, entre ellas, la falta de un órgano supraestatal capaz de imponerla de manera coactiva o de sancionar su incumplimiento.⁶

En el marco subregional andino, el papel que juega el TJCA es fundamental en la medida en que está facultado para aplicar las sanciones que considere necesarias, a fin de que el País Miembro cumpla con la sentencia impartida por el Tribunal, ante el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino.⁷

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Hemos señalado que la norma comunitaria es directamente aplicable en el orden interno de los Países Miembros, sin que pueda encontrar obstáculos normativos en su inserción y en su aplicación, tan es así que tiene aplicación preferente frente a normas internas incompatibles. El problema se suscita cuando esta norma comunitaria contraviene compromisos internacionales asumidos por los Países Miembros, en marcos totalmente distintos

5. Jorge Luis Suárez Mejías, "La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999, p. 119.

6. Fabián Novak, *et al.*, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000. pp. 38-39.

7. Art. 27 del *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*.

pero sobre los mismos temas. ¿Qué prima, el derecho comunitario o el acuerdo bilateral o multilateral?

Uno de los principios generales del Derecho es el de “ley especial prima sobre ley general”⁸ o también llamado “principio de especialidad”. El problema es que al comparar una norma multilateral con una norma comunitaria, no nos referimos a un mismo marco internacional, pues ambas tienen orígenes normativos distintos. Sin embargo, a nuestro parecer, puesto que ambas son parte del derecho internacional público, la norma comunitaria sería más específica.

En el caso de los tratados internacionales suscritos por los países miembros para la regulación de determinadas actividades jurídico-económicas, puede afirmarse que en la medida en que la comunidad supranacional asume la competencia *ratione materiae* para regular aspectos específicos de la vida económica, el derecho comunitario se vincula al tratado internacional de tal manera que éste le pueda servir de fuente para desarrollar su actividad reguladora. En estos casos el tratado internacional pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, aplicable en todos y cada uno de los Países Miembros, conservando el derecho comunitario –por aplicación de sus características “existenciales” de obligatoriedad, efecto directo y preeminencia– la específica de aplicabilidad preferente sobre el ordenamiento interno del país respectivo.⁹

Si comparamos el derecho comunitario frente al derecho internacional público, el principio de especialidad que inspira todo el régimen jurídico del primero, va a estar limitado por los objetivos y funciones que le fueron confiados al sistema de integración andino a través del Tratado Constitutivo.¹⁰ Así por ejemplo, en el ámbito del derecho de la propiedad industrial, en el marco de la OMC, los estados partes se rigen bajo el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio*, ADPIC, mientras que en el marco subregional andino es la *Decisión 486 sobre Régimen Común sobre Propiedad Industrial* la que se aplica directamente, salvo que la norma subregional faculte a los Países Miembros a la

8. Marcial Rubio, *El sistema jurídico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 293.

9. Sentencia del Proceso I-IP-96 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

10. José Manuel Sobrino, “El derecho de la integración”, en *Themis*, No. 42, Lima, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 8.

regulación en el ámbito interno, sin que ello signifique que los Países Miembros puedan interpretar la norma.¹¹

Es necesario señalar que en el marco del derecho comunitario la obligación internacional asumida por un Estado frente a la Comunidad y a los otros estados miembros puede ser exigida judicialmente, en el caso de los Países Miembros de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la misma.¹²

Por otro lado, en el marco de la OMC, el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos*, por los que se rige la solución de diferencias, establece que el mismo será aplicable a las consultas y solución de diferencias entre los Países Miembros, relativas a sus derechos y obligaciones propias del Acuerdo que establezca la OMC.¹³

En este punto nos parece necesario señalar la clasificación que sobre los tratados hace Jiménez de Aréchaga, opinión que compartimos:

Dentro de los tratados multilaterales se pueden distinguir a su vez tratados multilaterales generales, que se refieren a normas generales de derecho interna-

-
11. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 7-AI-99, al reafirmar en jurisprudencia anterior que: "...El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del 'complemento indispensable', según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la Comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión 'régimen común sobre tratamiento' que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena". Sentencia de fecha 17 de marzo de 1995, caso *Nombres de publicaciones periódicas, programas de radio y televisión y estaciones de radio difusión*, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 177 del 20 de abril de 1995 y en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, tomo IV, Buenos Aires, BID/INTAL, 1995, p. 54. Otro pronunciamiento similar con el cual reiteraba el Tribunal lo expresado en la sentencia correspondiente al caso 02-IP-88, en la cual expresó: "No se puede admitir en consecuencia que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre tales aspectos..." regulados por la legislación comunitaria "o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella...", debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión supranacional. Sentencia de fecha 25 de mayo de 1988, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 33 del 26 de julio de 1988 y en *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, tomo I, Buenos Aires, BID/INTAL, p. 139. Publicado en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 520 del 20 de diciembre de 1999.
 12. El art. 5 del *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (Decisión 472) señala que el Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la misma, con la organización y las competencias que se establecen en dicho Tratado y en sus Protocolos Modificatorios.
 13. Art. 1 del Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech, sobre el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

cional o a asuntos de interés general para toda la comunidad internacional (...) y los otros tratados multilaterales o tratados plurilaterales en los que si bien ha intervenido más de dos partes, son de interés restringido a cierto número de Estados, todos los tratados instituyendo organizaciones de tipo regional como la OEA, la ALALC, etc.

Los tratados multilaterales pueden también clasificarse en tratados cerrados, tratados abiertos, a los que pueden adherirse o acceder libremente Estados que no hayan participado en su redacción y tratados mixtos, en donde la adhesión de nuevos Estados queda supeditada a un pronunciamiento favorable de la mayoría de los contrayentes, tal como ocurre en la Carta de las Naciones Unidas, y con la casi totalidad de los tratados que sirven de base constitucional a los organismos especializados. En este último tipo de acuerdos, es posible que lleguen a formar parte de un mismo tratado, y contraigan por él obligaciones recíprocas, Estados adherentes y Estados que se han opuesto a esa adhesión.¹⁴

En ese sentido, bajo la clasificación de Aréchaga, el *Acuerdo de Cartagena*, piedra angular del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, es un tratado multilateral restringido a cierto número de estados, de tipo mixto pues las condiciones de adhesión se hallan sujetas a lo definido por la Comisión.¹⁵

De tal forma, la norma subregional andina es una norma especial que debe preferirse frente a la multilateral que en todo caso, sería una norma de carácter general.

Ello se reafirma en el art. 42 del Tratado del Tribunal de Justicia que establece:

Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún Tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.

Esta disposición comunitaria no se plasma solo en el ordenamiento subregional andino, por el contrario, la misma tiene su antecedente en el art. 219 del Tratado CEE que establece que cualquier controversia que surja en

14. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *et al.*, "Clasificación de los Tratados", en *Materiales de Enseñanza de Derecho Internacional Público*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 129.

15. Art. 151 del Acuerdo de Cartagena.

la aplicación o en la interpretación del derecho comunitario deberá ser sometida al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.¹⁶

Otro argumento para sustentar la tesis de que el derecho subregional andino sería una norma de tipo especial, frente a otros acuerdos como el de la OMC por ejemplo, radica en que estos últimos se hallan dentro del contexto de lo que Deutsch señala como *organizaciones internacionales con funciones específicas*, que se hallan abiertas a todas o casi todas las naciones con mayor énfasis en establecer normas y decisiones nuevas y restringidas, la mayoría de las organizaciones internacionales de este tipo están integradas por gobiernos.¹⁷ Mientras que la norma subregional andina es fruto de lo que Deutsch denomina:

... organizaciones internacionales especializadas ... limitadas en su dominio a algo denominado vagamente como una "región"; es decir, a unos pocos países unidos por algunos lazos geográficos, culturales o históricos, o por vínculos económicos y financieros; o por una ideología política liberal y la similitud de sus instituciones sociales, o por una combinación de los mismos.¹⁸

En ese sentido, el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) plasma esta unión basada en lazos geográficos, culturales e históricos al señalar que:

[Los Países Miembros] conscientes que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia;

Conviene, por medio de sus representantes plenipotenciarios debidamente autorizados, celebrar el siguiente ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL [refiriéndose al Acuerdo de Cartagena]

En consecuencia, podemos decir que los acuerdos celebrados por los Países Miembros de la Comunidad Andina, ya sea por separado o como Comunidad Andina en sí, con terceros países, si bien no forman parte del ordenamiento jurídico andino en virtud del art. 1 del Tratado de Creación del Tribunal,¹⁹ sí son fuente indirecta del derecho comunitario andino. Ello, en

16. Patricia Aparicio, "El Control Jurisdiccional de la Conducta de los Estados Miembros del Acuerdo de Cartagena: Alcances y Perspectivas de la Acción de Incumplimiento", tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, p. 69.

17. Karl W. Deutsch, *El análisis de las Relaciones Internacionales*, s.l., s.f., p. 299.

18. *Ibid.*, p. 331.

19. El art. 1 del *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* establece que:

la medida en que los acuerdos celebrados por la Comunidad Andina tienen que sujetarse a las limitaciones establecidas por el Acuerdo de Cartagena.

En este orden de ideas, es pertinente traer a colación el *principio de interpretación consistente*, mediante el cual los acuerdos celebrados por la Comunidad Andina o por los Países Miembros con terceros países, deben interpretarse a la luz del ordenamiento jurídico andino y de los objetivos consagrados en el Acuerdo de Cartagena. Cabe señalar que la Comunidad Andina ha recurrido a la normativa externa como fuente indirecta del derecho comunitario, a fin de reforzar la normativa andina.

Por tal motivo, consideramos que sería conveniente modificar la normativa comunitaria, a fin de que cuando los Países Miembros o la Comunidad Andina celebren un acuerdo, convenio, tratado o cualquier otro instrumento similar con terceros países o sujetos de derecho internacional público, previa a su ratificación, pase por el tamiz de la aprobación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. A tal efecto, este órgano jurisdiccional, a través de un trámite sumario, verificaría solo que este tratado, convenio o acuerdo no sea contrario al ordenamiento jurídico andino existente, es decir, este trámite surtiría un efecto de control constitucional *a priori*, práctica llevada a cabo en muchos países, como por ejemplo, Ecuador y Colombia.

Asimismo, es preciso señalar que las normas suscritas por los Países Miembros o por la Comunidad Andina en sí, no gozan del principio de aplicabilidad directa, por tal motivo deberán evaluarse caso por caso para verificar si las normas son precisas y eficaces, sin necesidad de una aprobación o desarrollo interno,²⁰ es decir, que tengan la característica de *self executing*.

“El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus protocolos e instrumentos adicionales; b) El presente Tratado [refiriéndose al Tratado de Creación del Tribunal] y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y e) Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí, y en el marco del proceso de integración subregional andino”.

20. Un ejemplo es el Tratado de Paz Celebrado entre Ecuador y Perú en 1999. Si bien, ambos países son miembros de la Comunidad Andina, dicho Tratado no forma parte del ordenamiento jurídico andino, sin embargo, algunas de las partes del mismo han servido como medio de aceleración y profundización de la integración andina, y han sido recogidas en el ordenamiento jurídico comunitario a través de Decisiones.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Sobre la preferencia del ordenamiento jurídico andino frente al ordenamiento internacional, se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a través de reiterada jurisprudencia.

Cabe resaltar que si bien dicha referencia en algunos casos se ha realizado de manera tangencial, es debido a que en muchas de las ocasiones no era ese el tema litis del asunto.

Así, en la Sentencia del Proceso 2-N-86, proceso seguido por la República de Colombia contra la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el Tribunal se refiere a las características propias del ordenamiento jurídico andino, y sobre la obligatoria aplicación del mismo por parte de los Países Miembros; al respecto ha dicho el Tribunal que:

... el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros, y que debe ser respetado y cumplido por todos ellos y por supuesto por los Órganos del Acuerdo, lo mismo que por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones conforme a dicho ordenamiento, el cual regula el proceso de la integración que se cumple en una comunidad de derecho cual es la constituida en el Pacto Andino. Esta consideración cobra la debida relevancia en las previsiones del Tratado Constitutivo del Tribunal, que al haberlo instituido como el órgano jurisdiccional con capacidad para declarar el derecho comunitario, dirimir controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, es decir, como órgano del control de la legalidad en el Acuerdo, en su artículo 5 es taxativo al disponer que “Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación”.²¹ (Las cursivas son nuestras).

En ese sentido, ha señalado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 10-IP-95. En dicho pronunciamiento el Tribunal señala la preeminencia del derecho comunitario andino en los temas que son de su competencia frente a otros ordenamientos, señalando que es el ordenamiento jurídico *aplicable* en los Países Miembros:

21. Sentencia publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 21, de 15 de julio de 1987.

Asimismo, y ya dentro del espíritu de los fallos más recientes, alienta en las sentencias de este Tribunal la precisión jurisprudencial de que la normativa comunitaria entra a formar parte del ordenamiento jurídico *aplicable* en los Países Miembros, como modo o manera expreso de poner de relieve el Tribunal, que esas normas no se “integran” dentro de los ordenamientos nacionales hasta el punto de confundirse con las que lo constituyen, sino que conserva sus características esenciales, entre ellas la de “primacía” calificada unánimemente por la doctrina de consustancial con, o de “existencial” para, este nuevo Derecho.²² (Las *cursivas* son del Tribunal).

En el mismo sentido ha señalado el Tribunal de Justicia en la Sentencia del Proceso 30-IP-98 sobre interpretación prejudicial al referirse a la preeminencia y aplicabilidad directa del derecho comunitario:

En primer término, es necesario puntualizar que el ordenamiento jurídico de la integración andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, dada la característica intrínseca de *primacía*, requisito este *existencial* para la construcción integracionista. Así lo reconoció la Comisión del Acuerdo de Cartagena integrada por los Plenipotenciarios de los Países Miembros, en el pronunciamiento aprobado durante su Vigésimo Noveno Período de Sesiones Ordinarias (Lima, 29 mayo-05 junio 1980), cuando declaró la “validez plena” de los siguientes principios:

a) *El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena tiene identidad y autonomía propias, constituye un derecho común y forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales.*

b) *El ordenamiento jurídico del Acuerdo prevalece, en el marco de sus competencias, sobre las normas nacionales sin que puedan oponerse a él medidas o actos unilaterales de los Países Miembros.*

Estos principios alcanzan su plena validez con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal, a partir del 19 de mayo de 1983 –en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión–, por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión. (Sentencia de interpretación prejudicial del 03 de diciembre de 1987, emitida en el caso 01-IP-87. G.O.A.C. No. 28 del 15 de febrero de 1988. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, tomo I, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1984-88, p. 101).

Además, dichas Decisiones, al igual que las Resoluciones de la Secretaría General, normas comunitarias que forman parte del ordenamiento jurídico del

22. Sentencia publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 412, del 26 de febrero de 1999.

Acuerdo de Cartagena tal como lo consagra el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal, adquieren, *por su propia naturaleza, fuerza vinculante y son de exigible cumplimiento a partir de sus respectivas fechas de entrada en vigencia.* (Las *cursivas* son nuestras).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a lo largo de toda su jurisprudencia, ha destacado conforme lo releva el profesor MOLINA DEL POZO, los siguientes elementos configuratorios de la *primacía* del Derecho comunitario:

“—La *primacía* es una condición esencial del Derecho comunitario, que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el Derecho de los Estados Miembros”.

De ahí que —observa este Tribunal Andino, en un todo conforme con las enseñanzas del profesor PESCATORE— la norma comunitaria postule una “*exigencia existencial* de primacía” cuando pasa a formar parte del ordenamiento jurídico *aplicable* en los países que integran la Comunidad, sin perder, acota el Tribunal, esa característica existencial de primacía ni las de aplicabilidad directa y efecto directo que la acompañan. (Los destaques son del Tribunal).

“—El Derecho comunitario —continúa el profesor— MOLINA DEL POZO— afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, sin depender de las reglas particulares de cada Estado para regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho interno... (Criterio ratificado en las sentencias producidas dentro de las interpretaciones prejudiciales: 29-IP-95, caso “ROPATEX”, publicada en la G.O.A.C. No. 242 del 22 de enero de 1997; 30-IP-95 y 32-IP-95, casos “SCHEIK”, G.O.A.C. No. 241 del 20 de enero de 1997. Todas aprobadas en fecha 08 de noviembre de 1996 y publicadas también en la *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, tomo V, 1996).²³

Mediante la sentencia del Proceso 1-IP-96, el Tribunal analiza por primera vez dos órdenes jurídicos diferentes para establecer las relaciones entre el sistema jurídico comunitario, como el Acuerdo de Cartagena, y aquel derivado de un tratado internacional, como el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial*. Así, señala el TJCA que:

La doctrina y la jurisprudencia europeas que son pioneras en la creación y aplicación del derecho comunitario, dentro del propósito de formar una comunidad de naciones como el Mercado Común Europeo y la Unión Europea, coinciden en señalar que en el complejo mundo de las relaciones internacionales, el fenómeno comunitario se vierte o es prohijado por un ordenamiento jurídico

23. Sentencia publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 475, del 1 de septiembre de 1999.

nuevo que da origen a una comunidad de derecho con características propias y cierto grado de autonomía en sus relaciones con el derecho internacional que la jurisprudencia europea ha dado en llamar *el particularismo del derecho* puesto al servicio del interés común de los países que se asocian.

Pero, con la sentencia del Proceso 7-AI-98²⁴ el Tribunal hace referencia exacta a la imposibilidad de que los Países Miembros puedan alegar el incumplimiento del ordenamiento jurídico andino, so pretexto de regirse por las normas de la Organización Mundial del Comercio:

Otro de los argumentos de la demandada hace referencia al hecho de que el Decreto 1207 de 1998 “guarda conformidad en los límites que le impone su Nivel de Consolidación de los Aranceles en la OMC, que es de 10 puntos sobre Arancel Externo Común y que no es aplicable a los Países Miembros de la Comunidad Andina”. Argumento que para El Tribunal resulta inaceptable al suponer la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes de carácter internacional que permitirían que los Países Miembros justificaran sus actuaciones a su elección, sujetándose al que encontraran más conveniente y dejando de cumplir el que les resultara desfavorable. Debe recordarse que, precisamente en relación con el Arancel Externo Común, el artículo 98 del Tratado de manera categórica y en procura de la intangibilidad del Arancel Externo Común por razón de acuerdos realizados por los Países Miembros con terceros, contiene la obligación de que aquellos “se comprometen a celebrar las consultas necesarias en el seno de la Comisión antes de adquirir compromisos de carácter arancelario con países ajenos a la subregión”. De este compromiso resulta, en primer lugar, la necesaria multilateralidad para el manejo del instrumento en cuestión, así como la primacía de lo acordado comunitariamente con respecto a otros compromisos y a otras posibilidades que se tengan por cualquier País Miembro en razón de estar inscrito, bilateral o multilateralmente, en otros regímenes jurídicos internacionales.

En otras palabras, *la obligación que tiene la República del Ecuador de respetar y cumplir lo acordado en el seno de la Comisión al contribuir a la expedición de la Decisión 370 por medio de la cual se adoptó el Arancel Externo Común, no puede ser soslayada bajo el argumento de que los sobre-aranceles impuestos son incompatibles con los niveles que se han negociado en el seno de la Organización Mundial de Comercio. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que*

24. Sentencia publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 490, del 4 de octubre de 1999.

se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que, como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros, sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que estos pertenezcan. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha dejado claramente expresada la naturaleza del principio de supremacía del derecho comunitario. Así lo ha sentado a partir de la sentencia de nulidad del 10 de junio de 1987, producida con motivo del proceso 02-N-86 (G.O.A.C. No. 21 del 15 de julio de 1987. *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, BID/INTAL, Buenos Aires-Argentina, 1994, tomo I, p. 90) y más tarde lo ha reiterado en múltiples sentencias. (Las cursivas son nuestras).

Asimismo, el TJCA también trata el tema de conflicto entre una norma comunitaria y un acuerdo bilateral con terceros países. En su sentencia del Proceso 1-AI-96 el TJCA recoge la observación hecha por la Junta del Acuerdo de Cartagena,²⁵ relativa a la suscripción de un convenio en materia de propiedad industrial entre los gobiernos de Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica que contravenía la Decisión 344:²⁶

La Junta, con relación a esta aseveración desea hacer notar a ese honorable Tribunal que el Derecho Internacional Consuetudinario, recogido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que la existencia de un Tratado con un tercer país no puede ser alegada por un Estado como base para justificar el incumplimiento de compromisos internacionales válidamente adquiridos con otros Estados. De la misma manera al amparo de la existencia de tal Tratado, no puede pretenderse invalidar o desconocer el ejercicio de derechos conferidos a los demás Países Miembros y a los órganos comunitarios por los Tratados que conforman el Ordenamiento Jurídico del Acuerdo de Cartagena.²⁷

En dicha oportunidad, el TJCA no condenó a costas al gobierno ecuatoriano, sin embargo, lo exhortó a modificar el convenio suscrito a fin de adecuarlo al ordenamiento jurídico andino.

Por lo tanto, por los argumentos esgrimidos, queda claro que de presentarse incompatibilidad entre el ordenamiento jurídico andino y los compro-

25. Hoy es la Secretaría General de la Comunidad Andina.

26. Esta Decisión, que fuera reemplazada por la Decisión 486 de la Comisión, establece el régimen común sobre propiedad industrial en la subregión andina.

27. Sentencia publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 238, del 4 de diciembre de 1996.

misos asumidos por los Países Miembros en marcos multilaterales o bilaterales con terceros países, no es posible que los Países Miembros aleguen que su incumplimiento se encuentre justificado.

El derecho comunitario andino prima sobre cualquier ordenamiento, y a ello se han comprometido los Países Miembros de la Comunidad Andina.

CONCLUSIONES

1. Cuando se presenta un conflicto normativo entre derecho internacional público y derecho de la integración, el Estado Miembro no puede alegar el incumplimiento de uno o de otro so pretexto de no incumplir un compromiso asumido en cualquiera de los dos fueros mencionados. Consideramos que ello es correcto, sobre la base del principio *pacta sunt servanda*, a fin de mantener la seguridad jurídica.
2. Existen diversos temas de carácter económico y social que se encuentran establecidos en el Acuerdo de Cartagena sobre la actividad reguladora de la Comisión para que la comunidad supranacional asuma la competencia *ratione materiae*. Con respecto a los tratados internacionales suscritos por los Países Miembros sobre protección a la propiedad industrial, el tratado internacional se vincula al derecho comunitario, de tal manera que aquel le sirve de marco dentro del cual se mueve la Comunidad para desarrollar su actividad reguladora, sin que ello signifique que el derecho comunitario se subordine a aquel.
3. La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a diversos regímenes internacionales o celebren tratados o convenios bilaterales con terceros países, no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas, so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino. En tal sentido, consideramos que el País Miembro deberá procurar modificar el tratado o convenio violatorio celebrado en contradicción al ordenamiento jurídico comunitario.
4. Consideramos necesario que se introduzca una modificación al *Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* a fin de que el Tribunal formule su opinión sobre la concordancia o no de un acuerdo, tratado o convenio celebrado por un País o Países

Miembros con terceros países, con el ordenamiento jurídico comunitario, previo a su aprobación y ratificación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio, Patricia, *El Control Jurisdiccional de la Conducta de los Estados Miembros del Acuerdo de Cartagena: Alcances y Perspectivas de la Acción de Incumplimiento*, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992.
- Deustch, Karl W., *El análisis de las Relaciones Internacionales*, s.l., s.f.
- Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Las Organizaciones Internacionales*, décima primera edición, Madrid, Tecnos, 1999.
- Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, cuarta edición, Barcelona, Ariel Derecho, 1995.
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *et al.*, “Clasificación de los Tratados”, en *Materiales de Enseñanza de Derecho Internacional Público*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- “Tratados Sucesivos Incompatibles”, en *Materiales de Enseñanza de Derecho Internacional Público*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- Mangas Martín, Araceli, “La obligación de derogar o modificar el derecho interno incompatible con el derecho comunitario: evolución jurisprudencial”, en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, No. 2, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Novak, Fabián, *et al.*, *Derecho Internacional Público*, tomo I, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- Rubio, Marcial, *El sistema jurídico*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.
- Sentencia del Proceso 1-AI-96, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 238, de 4 de diciembre de 1996.
- Sentencia del Proceso 7-AI-98, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 490, de 4 de octubre de 1999.
- Sentencia del Proceso 7-AI-99, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 520, de 20 de diciembre de 1999.
- Sentencia del Proceso 10-IP-95, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 412, de 26 de febrero de 1999.
- Sentencia del Proceso 2-N-86, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 21, de 15 de julio de 1987.

Sentencia del Proceso 1-IP-96, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 257, del 14 de abril de 1997.

Sentencia del Proceso 30-IP-96, publicada en la *Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena*, No. 475, del 1 de septiembre de 1999.

Sobrino, José Manuel, "El derecho de la integración", *Themis*, No. 42, Lima, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

Suárez Mejías, Jorge Luis, "La Comunidad Andina: un proceso de integración en constante evolución", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 111, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999.

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Decisión 472, vigente desde el 25 de agosto de 1999.

Colaboradores

Aimée Figueroa Neri, mexicana, Abogada, Universidad de Guadalajara. Doctora en Derecho, especialidad Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Barcelona.

Agustín Grijalva Jiménez, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencias Políticas, Universidad de Kansas, Lawrence; Estudios doctorales en Ciencias Políticas, Universidad de Pittsburgh.

Dunia Martínez Molina, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Universidad del Azuay, Cuenca; Magíster en Derecho, Mención Derecho Económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

César Montaña Galarza, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Nacional de Loja; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho Económico, Mención Relaciones Económicas Internacionales, doctor en Derecho (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

José Luis Nieto Espinosa, ecuatoriano, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magíster en Derecho, Mención Derechos Humanos (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

María Cecilia Pérez Aponte, peruana, Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú, Magíster en Relaciones Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, se ha especializado en temas de propiedad intelectual, integración y negociaciones comerciales internacionales.

Alberto del Real Alcalá, español, Licenciado en Derecho por la Universidad de Granada, doctor en Derecho, Universidad de Granada, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Jaén.

José Vicente Troya Jaramillo, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Posgrado en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Universidad de Roma; Máster en Derecho Internacional, Erasmus University, Róterdam; Máster en Derecho del Comercio Interna-

cional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid.

Lola Marisol Valladares Tayupanta, ecuatoriana, Licenciada en Ciencias Públicas, doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador, Magíster en Ciencias Sociales, Especialización Género, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito.

José Javier Villamarín Hidalgo, ecuatoriano, Licenciado en Ciencias Políticas, Universidad Central del Ecuador, Magíster en Integración y Cooperación Internacional, Centro de Estudios de Relaciones Internacionales de Rosario, Buenos Aires; Posgrado en Actualización en Propiedad Intelectual, Universidad Nacional de Buenos Aires.

Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593-2) 322 8036

Teléfonos: (593-2) 255 6405, 322 8031, 222 2366

Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55 000 caracteres aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.
Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera: Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se

tomó la referencia. Por ejemplo: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc. deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor con el propósito de notificar la recepción de los artículos así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.







UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80, apartado postal 17-12-569 • Teléfonos 593(2) 322 8031, 222 2366
Correo Electrónico: cesarmontano@uasb.edu.ec • www.uasb.edu.ec
Quito - Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2)255 4358, 255 4658, fax 593(2)255 6340
Casilla postal 17-12-886 • Correo electrónico: cen@accessinter.net
Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

Precio por revista \$ 8.00

Suscripción por dos años:

Ecuador: \$ 28.40

América: \$ 53.80

Resto del mundo: \$ 73.60

Los precios de suscripción incluyen cuatro números enviados por correo aéreo.

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal 17-12-886, teléfonos 593(2)255 4358
Fax: 593(2)256 6340, correo electrónico: cen@accessinter.net, Quito - Ecuador

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,
Centro de Información**

Toledo N22-80, apartado postal: 17-12-569, teléfono: 593(2)222 1503

Correo electrónico: uasb@edu.ec.ec

Quito - Ecuador

Roberto Corrales, **Justicia constitucional en Bolivia, hacia el fortalecimiento del régimen democrático**, Quito, Serie Magister, vol. 43, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Abya-Yala/ Corporación Editora Nacional, 2003.

Este trabajo aborda la significación del Tribunal Constitucional de Bolivia como nueva institución en la administración y fortalecimiento de la justicia y como órgano especializado de control constitucional, que contribuye a la defensa, protección, garantía y promoción eficiente de los derechos fundamentales, como requisito *sine qua non* para la consolidación del régimen democrático.

Marco Albán Zambonino, **Problemas del derecho tributario frente al comercio electrónico**, Quito, Serie Magister, vol. 44, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Abya-Yala/ Corporación Editora Nacional, 2003.

La obra es novedosa, analiza la necesidad urgente de emprender en una tarea de redefinición de algunos de los principios, instituciones y conceptos desarrollados por el Derecho tributario como pilares fundamentales para su evolución doctrinaria, como en el caso del principio de reserva de ley, la soberanía fiscal, el establecimiento permanente, los sistemas impositivos actuales, y los sistemas alternativos de imposición como el *bit tax*.

Santiago Basabe Serrano, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de sistemas**, Quito, Serie Magister, vol. 45, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/ Abya-Yala/ Corporación Editora Nacional, 2003.

El presente estudio ofrece una posición teórica a partir de la cual se podría sustentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas a la vez que cuestionar la vigencia de algunos de los paradigmas encontrados en la teoría del sujeto penal y del delito. De esta forma, la recurrencia a la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann y el afianzamiento de las comunicaciones como centro de atención de las sociedades, desde una perspectiva jurídica y sociológica, marcarán el hilo conductor de una discusión que se presenta para el debate desde diferentes ópticas.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador


CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

