

Reflexiones sobre la Constitución

La reorganización de la Corte Suprema
o la degradación del Estado de Derecho

Julio César Trujillo

Justicia constitucional y derechos humanos

Ramiro Ávila Santamaría

El juicio político en la Constitución ecuatoriana

Rafael Oyarte Martínez

Reflexiones de una jurista en crisis

María Rosario Valpuesta Fernández

La interpretación y aplicación de los tratados en materia tributaria

José Vicente Troya Jaramillo

Concepto y campo problemático del Derecho económico

César Montaña Galarza

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través
del recurso de anulación (UE) y de la acción de nulidad (CAN)

María Elena Jara

Revista del Área de Derecho

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Primero y segundo semestres de 2005 • Número 4

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

Ernesto Albán Gómez

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

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Fernando Balseca

DISEÑO

Edwin Navarrete

IMPRESIÓN

Editorial Ecuador

Santiago Oe2-131 y Versailles, Quito



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

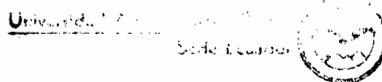
FORO es una publicación semestral arbitrada por el Comité Editorial. Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 4 • I-II semestres 2005

12/21/2005



Editorial

Ernesto Albán Gómez

3

TEMA CENTRAL

REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN

La reorganización de la Corte Suprema
o la degradación del Estado de Derecho

Julio César Trujillo

5

Justicia constitucional y derechos humanos

Ramiro Ávila Santamaría

23

El juicio político en la Constitución ecuatoriana

Rafael Oyarte Martínez

35

El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas:
perspectivas del problema

Diego Andrés Parra

59

ARTÍCULOS VARIOS

Reflexiones de una jurista en crisis

María Rosario Valpuesta Fernández

99

La interpretación y aplicación
de los tratados en materia tributaria

José Vicente Troya Jaramillo

113

Concepto y campo problemático del Derecho económico

César Montaña Galarza

129

Integración europea y parlamentos nacionales

Claudia Storini

169

La teoría de sistemas de Niklas Luhmann:
apuntes previos para una aplicación a la sociología del derecho

Santiago Basabe Serrano

193

Legislación ecuatoriana y biotecnología

Catalina Peña Guillén

205

RECENSIONES

Robert Cooter y Thomas Ulen, <i>DERECHO Y ECONOMÍA</i> ; Robert Cooter, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, Roberto Pardolesi y Thomas Ulen, <i>IL MERCATO DELLE REGOLE</i> , <i>por José Vicente Troya Jaramillo</i>	231
Diego Valadés, <i>PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO</i> , <i>por Patricio Bueno Martínez</i>	235
Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, <i>LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: FORTALECIENDO SU PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL</i> , <i>por Judith Salgado</i>	239
Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, <i>LOS JUECES Y LA POLÍTICA. PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA</i> , <i>por Germán Guerra Terán</i>	241

JURISPRUDENCIA

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través del recurso de anulación (UE) y de la acción de nulidad (CAN) <i>María Elena Jara Vásquez</i>	245
Colaboradores	265
Normas para colaboradores	267

Editorial

La crisis jurídico-política que ha vivido el Ecuador a partir del mes de noviembre del año pasado, indudablemente la más grave de las últimas décadas, ha traído como una de sus secuelas la necesidad de realizar una reflexión a fondo sobre el marco constitucional bajo el cual se desenvuelven las instituciones del país.

Si bien la crisis tuvo como su foco central la insólita reorganización de la Corte Suprema de Justicia, afectó a otros órganos del Estado como el Tribunal de Garantías Constitucionales y provocó finalmente un cambio de gobierno. Todo lo cual ha generado un debate sobre las fórmulas jurídicas que el constitucionalismo ecuatoriano ha empleado en la estructura del Estado, sobre sus limitaciones y sobre las eventuales reformas que podrían introducirse.

Lamentablemente el debate, en general, se ha quedado en la superficie. Por ello resulta indispensable el despojarlo de las presiones e intereses coyunturales y el conducirlo a un nivel de serenidad y profundidad que permita, luego, determinar cuáles deben ser las reformas necesarias y viables.

FORO quiere contribuir a ese debate y por ello ha incorporado a su tema central varias reflexiones, elaboradas por académicos del más alto prestigio, que abordan algunas de las cuestiones constitucionales de mayor interés. Quedan, por cierto, muchos otros temas que por razones de espacio no han podido ser tratados en esta ocasión, pero que merecerán en el futuro nuestra preocupación.

Se mantienen también nuestras secciones habituales en las que se incluyen artículos de variada temática, reseñas de libros recientes y comentarios de jurisprudencia. Y, como en ediciones anteriores, se cuenta con colaboraciones de prestigiosos profesores extranjeros, que nos permiten mirar la evolución del Derecho más allá de nuestras fronteras.

Esperamos de esta manera seguir cumpliendo el propósito que animó la creación de esta revista y que ha estado presente en los números anteriores: que el Derecho, como ciencia, se ocupe de aquellas cuestiones que gravitan con trascendencia en la vida de nuestros países.

Ernesto Albán Gómez
Editor

La reorganización de la Corte Suprema o la degradación del Estado de Derecho*

*Julio César Trujillo***

El autor adopta sustenta la inconstitucionalidad de la Resolución del Congreso No. 25-181, del 8 de diciembre de 2004, por medio de la cual cesa a los magistrados que desempeñaban sus funciones en la Corte Suprema de Justicia hasta esa fecha, y, para fundamentar su criterio, reconstruye los hechos y el derecho desde 1997 hasta el año 2004, analiza detalladamente la Resolución No. 25181 y objeta sus débiles fundamentos jurídicos y fácticos; a más de ello, utiliza métodos y principios específicos de la interpretación constitucional.

Se estudia además de la trasgresión constitucional, la violación de los derechos subjetivos de los magistrados de la Corte Suprema cesados de sus cargos en diciembre de 2004.

FORO

Me parece necesario reconstruir los hechos y el derecho desde el año 1997 hasta diciembre del año 2004, para mejor entender la ilegitimidad e inconstitucionalidad de la Resolución del Congreso No. 25-181 del 8 de diciembre del año 2004 por medio de la cual cesa a los magistrados que desempeñaban sus funciones hasta esta fecha y, a la vez, nombra a los magistrados que los sustituyeron.

ANTECEDENTES

1.1. Hasta el año 1997 los magistrados de la Corte Suprema de Justicia eran nombrados por el Congreso Nacional para un período fijo. Esta forma de designación se desacreditó porque el Congreso llegó al extremo de hacer los nombramientos en con-

* Este artículo se fundamenta en el affidavit escrito para la causa P.1425-04, Hugo Quintana y otros contra Ecuador, que se sigue en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al que le he añadido los comentarios a los actos posteriores al 28 de marzo del año 2005 en que fue escrito el affidavit y utiliza, a pesar de la limitación argumentativa de los diputados intervinientes, el acta No. 25-045 del 17 de abril de 2005.

** Profesor del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

sideración a la afiliación o adhesión del o de los candidatos a los partidos que formaban parte de la mayoría de diputados que, para el efecto, se constituía, con irrespeto aún del período legal para el cual habían sido elegidos.

Con el propósito de sustituir la forma de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que repudiaba el pueblo, el Presidente de la República, en funciones, convocó a una consulta popular en la que le pidió al pueblo que se respondiera, entre otras, a la siguiente pregunta:

PREGUNTA 10. ¿Considera usted necesario modernizar la Función Judicial, reformar el sistema de designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, para que su origen sea la propia Función Judicial, nombramiento sin sujeción a períodos fijos, que observen los criterios de profesionalización de carrera judicial que establezca la ley?

Los ecuatorianos que concurren a la urnas contestaron mayoritariamente que sí.

1.2. Conocida la opinión del pueblo ecuatoriano, el Congreso Nacional procedió a reformar la Constitución e incorporó a ella un artículo que decía: “art. 129. Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no están sujetos a período fijo en la duración de sus cargos. Cesarán en sus funciones por las causales determinadas en la Constitución Política de la República y la ley”. “Producida una vacante, cualquiera sea su causa, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, designará al nuevo magistrado, con el voto favorable de por lo menos las dos terceras partes de sus integrantes, observando los criterios de profesionalismo y de carrera judicial de conformidad con la Ley.”

Esta norma fue reproducida, con ligeras variantes tendentes a mejorar su redacción y puntuación, en la Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998, como incisos 1 y 2 del artículo 202.

1.3. Una vez aprobada la reforma constitucional se suscitó el debate acerca de si los magistrados de la Corte Suprema en funciones a la fecha de la reforma constitucional, se habían constituido o no en los magistrados sin período fijo, como había resuelto el pueblo, a pesar de que habían sido nombrados para un período fijo; así como también se discutía si esos magistrados habían sido investidos de la facultad de llenar las vacantes, que en el futuro ocurrieran, por la vía de la cooptación, no obstante que a la fecha de su nombramiento no se les había concedido esta facultad.

Para resolver estas cuestiones, el mismo Congreso Nacional aprobó, de acuerdo con sus leyes y reglamentos, una Disposición Transitoria a la antes dicha reforma constitucional que, en síntesis, decía que, por esta vez, el Congreso designará a los nuevos magistrados, sin período fijo y con la facultad de llenar las vacantes por cooptación, de entre los candidatos que fueran presentados por doce organizaciones de la

sociedad civil y los abogados que se presentaren voluntariamente y por su personal decisión o fueren presentadas por otras instituciones.

Las condiciones de probidad personal, competencia científica y profesional, experiencia y capacidad de los candidatos debían ser calificadas por una Comisión Especial, integrada por tres miembros designados por las más calificadas organizaciones de la sociedad civil, tres designados por el Congreso Nacional de entre sus miembros y un séptimo que debía ser nombrado por consenso de los seis antes designados.

1.4. La Comisión presentó su informe al Congreso con la lista de los candidatos elaborada de entre los más de trescientos que habían sido propuestos por las ONG facultadas para hacerlo y de los que se habían presentado voluntariamente como tales.

El Congreso nombró a 24 magistrados de entre los que constaban como candidatos en la lista de la Comisión y añadió siete, de conformidad con la facultad que se había reservado en la antes referida Disposición Transitoria.

1.5. Al amparo de estos hechos y de estas normas fue nombrada, en 1997, la mayoría de los magistrados cesados por la Resolución No. 25-181 del 8 de diciembre del año 2004, publicada en el Registro Oficial No. 485 del 20 de diciembre del mismo año 2004. Otros de estos magistrados habían sido designados por cooptación, de conformidad con el art. 202 de la Constitución Política vigente a la fecha de su designación.

LA CESACIÓN DE LOS MAGISTRADOS

La Resolución No. 25181 contiene dos normas o mandatos, por la una declara cesantes a los magistrados en funciones y por la otra norma nombra a los nuevos magistrados en sustitución de los cesados.

Tres son los argumentos con los cuales se defiende la constitucionalidad de la Resolución No. 25-181; uno, es que por la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta de la Constitución, que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998, los magistrados habían cesado en sus funciones en enero de 2003; dos, que el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial concede al Congreso la facultad de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema; y, tres, que en el nombramiento de los magistrados el año 1997 no se respetó el pronunciamiento popular.

2.1. La Disposición Transitoria Vigésimo Quinta que se invoca en la Resolución No. 25-181 para cesar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia dice: “Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años, en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003”.

Quienquiera que sepa leer y escribir puede deducir que esta Disposición no es aplicable a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados en 1997 y después por cooptación, aun desde el análisis meramente gramatical de la oración mediante la cual se expresa la norma.

En efecto, el predicado en la Vigésimo Quinta Disposición Transitoria es: “permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003”, el sujeto es “Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado”, y si solo esto dijera la antes dicha Disposición Transitoria nada habría que objetar a la primera parte de la Resolución del Congreso por la que se declararon vacantes los cargos de magistrados de la Corte Suprema, aunque quedaría por averiguar si el Congreso podía hacerlo por resolución y, a la vez, nombrar a los sustitutos; de estas cuestiones me ocuparé más adelante.

Pero en lo que aquí interesa debemos advertir que entre el sujeto y el predicado hay dos frases que, separadas como están por comas, sirven para calificar al sujeto que comprende a tres instituciones, o sea que las dos frases intercaladas entre el sujeto y el predicado cumplen el papel de adjetivos del sujeto y entonces tenemos que, para permanecer en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003, deben reunir tres requisitos los funcionarios, integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor designado por el Presidente de la República de la terna presentada por el Congreso.

Uno, ser designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado por el Presidente de la República “a partir del 10 de agosto de 1998”; dos, “para un período de cuatro años”, y, tres, “en virtud de las disposiciones de esta Constitución”.

Ahora bien, los magistrados defenestrados por el Congreso mediante la Resolución del 8 de diciembre del año 2004 no fueron designados por el Congreso Nacional a partir del 10 de agosto de 1998 sino en 1997, es decir un año antes, y tampoco fueron designados en virtud de la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998 sino: la mayoría “en virtud de la Disposición Transitoria Décimo Sexta de la Codificación anterior de la Constitución Política de la República, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 142 de 1 de septiembre de 1997” y la minoría por la misma Corte Suprema mediante la cooptación prescrita en la Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998.

Esta no es solo una afirmación mía fundada en los hechos y el derecho vigente entonces, ni requiere más prueba que la lectura del considerando segundo de la Resolución No. R-25-181 por medio de la cual se declara cesantes a los magistrados a quienes, según este considerando segundo, no era aplicable la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta de la Constitución de 1998.

Aunque no creo que, para llegar a la misma conclusión, haga falta más argumentos articulados en métodos y principios más específicos de la interpretación constitucional, precisan las siguientes consideraciones.

La razón de ser (*ratio legis*) de la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta está en el hecho que, según las normas permanentes de la Constitución, los funcionarios que debe nombrar el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado que debe nombrar el Presidente de la República de la terna que le envíe el Congreso, según la misma Constitución, tienen período fijo, que es de cuatro años. En esto coinciden la norma constitucional anterior a la actualmente vigente y la actualmente vigente desde el 10 de agosto de 1998.

Pero, el Congreso y el Presidente de la República elegidos una vez que entrara en vigencia la nueva Constitución, esto es el año 2002, debían entrar en funciones en enero del año 2003; por consiguiente, se iba a producir un vacío entre el 10 de agosto del año 2002, en que se cumplían los cuatros años del período para el cual debían ser elegidos los funcionarios a partir del 10 de agosto de 1998, y enero del año 2003, en que recién podían entrar en funciones el Congreso y el Presidente de la República elegidos en el año 2002 y solo entonces podían nombrar a los que debían sustituir a los elegidos en el Gobierno anterior.

Para llenar ese vacío y evitar que las instituciones quedaran en acefalía por ese lapso se dictaron varias disposiciones transitorias, dos de ellas respecto de los dignatarios y funcionarios en cuya elección interviene el Congreso, como son el presidente y el vicepresidente del mismo Congreso Nacional (Disposición Transitoria Vigésima) y los otros funcionarios elegidos por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado (Disposición Transitoria Vigésimo Quinta).

Hay que tener en cuenta además que la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta no trata de reducir el período de ningún funcionario, puesto que no dice que cesarán en sus funciones en enero de 2003, sino que más bien prorroga en sus cargos a los funcionarios que, por haberse vencido el período de cuatro años para el cual fueron elegidos, habrían tenido que abandonarlos, antes de enero de 2005, y dejarlos en acefalía por varios meses.

Por esto es que la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta consta en el Capítulo de las Transitorias que se refieren al Congreso Nacional y no en el Capítulo de la Función Judicial, en donde no podía producirse ningún vacío puesto que los magistrados de la Corte Suprema nombrados en 1997 no estaban “sujetos a período fijo”, según dicen tanto las reformas a la Constitución de 1997 con arreglo a las cuales fueron nombrados y el art. 202 de la Constitución que entró en vigencia en agosto de 1998 y que, como he dicho antes, no es sino el texto constitucional antes vigente no reformado por la actual, sino en materia de redacción y puntuación.

Así, tampoco se cumple, pues, para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia el otro requisito que exige la Disposición Transitoria Vigésimo Quinta para que los funcionarios elegidos por el Congreso permanezcan en sus funciones hasta enero del año 2003, esto es, que hayan sido designados “para un período de cuatro años”.

2.2. El argumento con el que infructuosamente se intenta legitimar la designación de los magistrados de la Corte Suprema por el Congreso Nacional mediante la Resolución No. 25-181 es el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

El citado art. 12 efectivamente dispone que los ministros jueces de la Corte Suprema de Justicia serán nombrados por el Congreso Nacional, pero, en contra de lo que esta norma dispone, el art. 202 de la Constitución vigente desde el año 1997 dispone que las vacantes que dejen los ministros, que por cualquier causa legal cesen, serán llenadas por los ministros que continúen en sus cargos (cooptación).

Hay, pues, contradicción entre la Constitución y la Ley y para el caso la doctrina y el art. 272 de la Constitución dicen que la ley que la contradiga carece de validez, por consiguiente el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial carece de validez y en su lugar se ha de aplicar el art. 202 de la Constitución.

El Congreso está obligado a aplicar la norma jerárquicamente superior, o sea el art. 202 de la Constitución, y no la inferior que la contradiga de conformidad con el art. 272, inciso segundo, de la misma Constitución Política de la República.

Esta doctrina y norma constitucional es aceptada y respetada por todos los ecuatorianos y es defendida por todos los tratadistas de Derecho constitucional que se ocupan de la materia.

Digo que esta doctrina y norma positiva son aceptadas y respetadas por todos los ecuatorianos porque, salvo para el caso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluso la mayoría de diputados, afines al Ejecutivo y a la Corte nombrada por el Congreso, por haber entendido que el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial se halla reformado por el art. 202 de la Constitución esperaron que el Consejo Nacional de la Judicatura se integrara y una vez integrado les remitiera la terna de los candidatos a la Fiscalía General del Estado, como institución independiente de la Corte Suprema de Justicia según los artículos 217 y 218 de la Constitución y no según el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, que dice lo contrario de lo que dicen estos dos preceptos constitucionales en todos los extremos.

Por consiguiente, por disposición constitucional que recoge el mandato del pueblo en la consulta popular de 1997 y por la interpretación unánime de las normas constitucionales y legales sobre la Función Judicial, el art. 12 de la Ley Orgánica de la Función Judicial quedó reformado por el art. 202 de la Constitución, o sea, el Congreso carece de competencia para designar a los magistrados de la Corte Suprema de

Justicia y, por lo tanto, el nombramiento efectuado de hecho es nulo por provenir de un órgano sin competencia.

No es ésta la oportunidad para dilucidar la validez de los actos de los funcionarios y magistrados de facto, basta decir que si bien sus actos, por razones de interés general, no carecen de validez per se, pero no tienen más validez que la que le concede la sociedad, y los magistrados no dejan por eso de ser magistrados de facto que pueden ser removidos, en la misma forma en que fueron designados, en cualquier momento en que de cualquier modo se restablezca la legalidad.

2.3. Se trata de justificar lo hecho, el 8 de diciembre del año 2004, por la mayoría del Congreso Nacional afín al Ejecutivo, alegando que el Congreso de 1997 desobedeció el mandato del pueblo en la consulta popular de ese año, pero, aun de ser cierto esto, una violación no se remedia con otra violación ni el incumplimiento de 1997 legitima el incumplimiento de ahora.

Mas lo que entonces ocurrió, como ya queda dicho más arriba, fue que, no habiendo sido nombrados los magistrados en funciones en el año 1997, sin período fijo y con la facultad de llenar las vacantes por cooptación, el Congreso Nacional consideró que había que sustituirlos por otros magistrados a quienes se les nombrara sin período fijo y se les confiriera, como había resuelto el pueblo, de la facultad de llenar las vacantes por cooptación.

Para el efecto se reformó la Constitución incorporando, primero, una norma por la cual se privaba al Congreso de la facultad de nombrar magistrados de la Corte Suprema y se transfería esa facultad a la misma Corte Suprema de Justicia y, segundo, añadiendo una transitoria por medio de la cual el Congreso se reservó, por última vez, la facultad de nombrarlos pero ya no discrecionalmente sino con participación de la sociedad civil que debía proponer los nombres de los candidatos.

La sociedad civil debía participar de dos maneras, además de que había participado proponiendo candidatos; una, mediante la impugnación de los candidatos contra quienes tuviera motivos de queja; y, dos, por medio de delegados en la Comisión que debía calificar a los candidatos y resolver las impugnaciones que se presentaran, como en efecto así ocurrió. La sociedad civil aceptó y legitimó la reforma constitucional realizada por el Congreso en nombre del pueblo y participó en la forma que preveía la reforma.

En consecuencia no es válido moral ni jurídicamente el alegato de que por haber incumplido el mandato popular las dos terceras partes de los miembros del Congreso de 1997, la mayoría del Congreso de 2004 podía hacer lo mismo y, en el peor de los casos, de ser cierto que lo hecho por el Congreso de 1997 necesitaba ser enmendado, la mayoría afín a Gutiérrez debió proceder, como la sabiduría popular suele aconsejar para estos casos, deshaciendo las cosas supuestamente mal hechas en la

misma forma en la que se hicieron, esto es mediante reforma constitucional y no mediante resolución.

2.4. Pero, admitiendo que el Congreso hubiese recuperado la facultad de remover a los magistrados de la Corte Suprema que, por el pronunciamiento popular y las reformas constitucionales conformes con este pronunciamiento de 1997, las perdiera, la norma “revivida” prescribía que la destitución de los magistrados de la Corte Suprema constituye una sanción que el Congreso puede imponer a los magistrados que hayan incurrido en infracciones cometidas en el desempeño de sus cargos. Esta sanción, según el precepto “revivido” sin justificación científica ni histórica, debía ser impuesta luego de un juicio político con respeto de lo esencial al debido proceso que es el derecho de defensa.

La Resolución 25-181 no respeta este precepto supuestamente vigente, primero porque no se singularizan las infracciones imputables a cada uno de los magistrados; tampoco se les permitió defenderse, y ni siquiera se les hizo saber las faltas por las que iban a ser cesados.

LAS RESOLUCIONES

El Congreso Nacional, en la sesión del 8 de diciembre del año 2004, adoptó dos Resoluciones; por la una, la No. 25-181, declaró cesantes a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y nombró a los que debían sustituirlos; por la otra, sustituyó por el literal g) del art. 82 de la Codificación de la Constitución promulgada en el Registro Oficial No. 2 del 13 de febrero de 1997, el numeral 9 del art. 130 de la Constitución vigente desde el 10 de agosto de 1998.

3.1. El Congreso Nacional se valió de una Resolución para cesar a los magistrados que habían sido nombrados, la mayoría de acuerdo con lo que disponía la reforma constitucional de 1997 y la minoría por cooptación según el art. 202 de la Constitución vigente a la fecha de su designación y para nombrar a quienes debían sustituirlos.

El Título III de la Ley Orgánica de la Función Legislativa regula los actos del Congreso Nacional y, primero, en el art. 70 determina cuáles son estos actos y dice que son las leyes, decretos, acuerdos y resoluciones; segundo, en el art. 71 los define a cada uno de estos actos y prescribe que se denominan resoluciones “las decisiones que constituyan actos reglados y aquellos que normen asuntos de trámite”.

Que la cesación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en sus cargos y el nombramiento de quienes deben sustituirlos no son asuntos de trámite creo que no admite discusión; por tanto queda por averiguar si se trata de “actos reglados”.

El término “actos reglados”, como es de conocimiento general, es propio del Derecho administrativo y en éste se tiene por tales a los actos de la autoridad pública cuya forma de ejecución se encuentra fijada en la ley; pero, como es de lógica elemental para que la forma de ejecución del acto sea establecida hace falta previamente que su ejecución sea atribuido a la autoridad que lo va a ejecutar.

En el presente caso ni la Constitución, ni la ley, ni el reglamento del Congreso Nacional atribuyen a éste la facultad de cesar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni la de nombrarlos.

El art. 79 del Reglamento del Congreso Nacional dispone que las votaciones para nombramientos serán “nominativas” pero nada dice acerca de qué nombramientos son de competencia del Congreso; más bien dice que ésta forma de votación será aplicada para los nombramientos que “deban hacer los órganos del Congreso Nacional”.

De otra parte, según el art. 119 de la Constitución Política de la República, ningún organismo o dependencia de la Función Legislativa puede “ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley” ni, en consecuencia, hacer nombramientos que no le estén atribuidos en la Constitución o en la ley.

Ahora bien, según el art. 2, reformado, de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, son órganos de éste: el Congreso Nacional, las Comisiones Especializadas Permanentes, el Consejo Administrativo de la Legislatura, la Presidencia, la Primera Vicepresidencia, la Segunda Vicepresidencia y la Secretaría General.

Por consiguiente, como a ninguno de estos órganos del Congreso Nacional les faculta la Constitución o la ley para cesar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en sus cargos ni para nombrarlos, la Resolución No. 25-181 no es el instrumento idóneo para realizar actos no consignados en la Constitución ni en la ley.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y SUS GARANTÍAS

Aparte de la violación de la Constitución y de la ley, la Resolución No. 25-181 viola los derechos subjetivos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fueron cesados de sus cargos el 8 de diciembre del año 2004.

4.1. En efecto, los artículos 26 de la Constitución Política de la República, 23.c) del Pacto de San José de Costa Rica, y otros de varios instrumentos internacionales reconocen a los ecuatorianos el derecho “de desempeñar empleos y funciones públicas” y, según el último inciso del art. 124 de la Constitución, “En ningún caso, la afi-

liación política de un ciudadano influirá para su ingreso, ascenso o separación de una función pública”.

Los cesados de nuestra referencia que estaban en el desempeño del cargo de magistrados de la Corte Suprema de Justicia son ecuatorianos y nadie niega que se encuentran en la más alta escala de la función pública; no se requiere, pues, de más razonamiento para demostrar que fueron privados de esos cargos sin causa ni respeto del contenido esencial del derecho al debido proceso.

El argumento político, que no jurídico, es que la mayoría de los magistrados pertenecían al Partido Social Cristiano, algunos de los magistrados han negado ser afiliados; pero, independientemente de que sean o no afiliados, la cuestión está en que, según el citado art. 124 de la Constitución, la afiliación a un partido no es condición para ingresar al desempeño de una función pública ni es causa para la separación de ella.

Por consiguiente, por confesión de los propios diputados y dirigentes políticos que aprobaron y/o auspiciaron la Resolución No. 25-181, los magistrados fueron separados e impedidos de gozar de su derecho a ejercer una función pública por la afiliación política de la mayoría de ellos, no obstante que algunos niegan la afiliación que se les atribuye.

Esto, por supuesto, no entraña que los magistrados puedan impunemente dictar sus decisiones de acuerdo con las órdenes o intereses de su partido o de las instrucciones y/o intereses del dirigente o de los dirigentes de su partido; no, sus decisiones se han de sustentar en la Constitución y en las leyes.

Precisamente en defensa de la independencia de la Función, lo mismo que la individual de los jueces y magistrados sus decisiones deben ceñirse a los méritos del proceso y a las prescripciones constitucionales y legales de conformidad con el art. 199 de la Constitución que de este modo no solo proscribire la intromisión de los otros poderes o funciones del Estado o de cualquiera otro poder fáctico en la Función Judicial y en las decisiones de los jueces y magistrados, sino que, también, obliga a éstos rechazar esas intromisiones de llegarse a dar inmoral e ilegalmente.

No hay constancia de que los magistrados cesados hayan incurrido en las faltas contra su independencia en las providencias dictadas en los casos sometidos a su conocimiento y decisión; en todo caso, no se sustenta, en estas causales, la Resolución 25-181, caso en el cual habría habido necesidad de un proceso con todas las garantías.

Por consiguiente, se violó, a la par, su derecho a desempeñar empleos y funciones públicas y el derecho al debido proceso, en particular, el derecho a la defensa.

4.2. Para la defensa de los derechos constitucionalmente reconocidos y garantizados, el art. 95 de la Constitución, en cumplimiento del compromiso contraído en el

Pacto de San José de Costa Rica, tiene establecido un proceso sencillo y breve con el nombre de “acción de amparo”.

La acción de amparo, según la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Control Constitucional, debe ser propuesta ante los jueces civiles, cortes superiores, tribunales distritales de lo contencioso administrativo y tribunales distritales de lo fiscal del lugar en donde se emitió la Resolución, lo mismo que del o de los lugares en donde ella deba surtir efectos; excepcionalmente ante los jueces de lo penal; de su decisión hay recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional.

4.2.1. La acción de amparo quedó inhabilitada por la intervención concertada del Presidente de la República y del Tribunal Constitucional puesto que éste a petición de aquel resolvió que “...para suspender los efectos de una resolución por la supuesta violación de la Constitución en el fondo o en la forma, la única acción que cabe es la de inconstitucionalidad, que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional”.

Digo que este pronunciamiento obedece a la acción concertada del Presidente de la República con el Tribunal Constitucional porque este Tribunal expide la citada Resolución a solicitud del Presidente formulada en los siguientes términos: “...solicita la Intervención del Tribunal Constitucional para impedir que los jueces de instancia acepten al trámite acciones de amparo constitucional en contra de la Resolución Parlamentaria 25-181 adoptada por el Congreso Nacional...”.

Mucho hay para criticar el comportamiento del Tribunal Constitucional que abandona su calidad de órgano jurisdiccional y, por tanto, impedido de expedir resoluciones fuera de un proceso iniciado a demanda de cualquier legitimado, lo mismo que respecto del manifiesto interés del Jefe del Ejecutivo por la consolidación de las resoluciones del Congreso no mediante las acciones que la Constitución le confiere sino al margen de ellas y por medios simplemente oficiosos.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional con intervención del Presidente de la República impidió el acceso de los perjudicados a la acción de amparo.

4.2.2. Podrá decirse que los perjudicados tienen, en cambio, expedita la acción de inconstitucionalidad, que de modo explícito reconoce el Tribunal Constitucional.

Sobre este particular hay que tener presentes las cuestiones que siguen.

Primero, la acción de inconstitucionalidad, en nuestro Derecho, no está positiva como una garantía constitucional para tutelar los derechos subjetivos sino para garantizar el respeto al principio de la supremacía de Constitución y, por lo mismo, la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del país, aunque secundariamente también protege la libertad de los ciudadanos, en tanto en cuanto mantiene a los poderes públicos en ámbito de sus competencias y facultades constitucionales.

Por así haber concebido a la acción de inconstitucionalidad, la Constitución no instituye a la persona en la legitimada para deducir esta acción, pues el art. 277.5 limita el derecho a demandar la inconstitucionalidad de cualquier norma jurídica a mil *ciudadanos* en goce de los derechos políticos y, segundo, a cualquier persona siempre que, previamente, cuente con el informe favorable de procedencia del Defensor del Pueblo.

Los legitimados para deducir la acción de inconstitucionalidad son mil ciudadanos y no la persona como, en cambio, es para deducir la acción de amparo, en cuanto garantía de los derechos constitucionalmente garantizados; además, para que, en ejercicio de la facultad prevista en la segunda parte del art. 277.5, cualquier persona comparezca con una demanda de esta especie, necesita informe favorable del Defensor del Pueblo, cosa incompatible con la naturaleza de los derechos y garantías personales.

Por último, la sentencia del Tribunal Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos y, por lo mismo, no serviría ni para restituir a los magistrados cesados en sus cargos ni para que se condene al Estado a la reparación del daño causado.

En conclusión, la acción de inconstitucionalidad no es el mecanismo cuya finalidad inmediata sea la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como sí es la acción de amparo.

Segundo, hay además otro inconveniente de hecho, pero determinante en los resultados, de una demanda de inconstitucionalidad; esto es, el origen igualmente espurio del Tribunal Constitucional.

En efecto, los magistrados del Tribunal Constitucional designados, el año 2003, por el Congreso Nacional de las ternas enviadas por las instituciones legalmente investidas de la facultad para proponer candidatos, fueron cesados en sus cargos por resolución del Congreso Nacional, pese a que, de acuerdo con el art. 8 de la Ley Orgánica del Control Constitucional, la “destitución de los vocales del Tribunal Constitucional, previo el respectivo juicio político, requerirá del voto afirmativo de la mayoría simple de los miembros del Congreso Nacional”.

Es verdad que los vocales del Tribunal Constitucional, a la fecha en que fueron destituidos, estaban llamados a juicio político, pero el juicio no había concluido y por este motivo es que después de haberlos cesado se intentó concluir el juicio y, al efecto, a la sesión del 1 de diciembre de 2004 concurrieron los enjuiciados y luego de que expusieran los argumentos a su favor, la sesión terminó sin que se aprobara ninguna moción de censura, cuyo efecto, en nuestro sistema político, es la destitución de los censurados; poco más tarde el Congreso Nacional entró a un período de receso o vacaciones.

No obstante, el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad constitucional, convocó al Congreso Nacional a período extraordinario de sesiones y, entre los asuntos que dispuso sean tratados, estaba la “votación en el juicio político contra los ex vocales del Tribunal Constitucional”, y el Congreso procedió a censurarlos, pese a las objeciones acerca del irregular procedimiento, tanto acerca del contenido de la convocatoria como de la repetición de la votación sobre el caso.

Pero si bien puede discutirse respecto de la constitucionalidad y legalidad del contenido de la convocatoria al Congreso, lo que sí no cabe discusión es que el Congreso no podía repetir la votación que ya se efectuó varios días atrás y menos modificar la resolución anterior de absolución y expedir la nueva resolución de condena, pues implica la violación del principio sustancial del debido proceso conocido como el *non bis in idem*, reconocido y garantizado en la Constitución Política de la República (art. 24.16) y en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 8.4), y no se puede pasar por alto que el debido proceso y los derechos y garantías que conlleva son, en nuestro ordenamiento jurídico, derecho personal y, por tanto, aplicable a todo tipo de procesos (art. 23.27 de la Constitución).

El procedimiento observado por el Congreso Nacional por medio del cual se volvió a juzgar a los vocales del Tribunal Constitucional por los mismos hechos por los cuales fueron absueltos días atrás, constituye además violación de los Reglamentos del Congreso que prescriben que una resolución aprobada solo puede ser reformada por medio de “reconsideración” que debe proponerse en el plazo que, para este caso, se había vencido y que debe aprobarse con el voto de las dos terceras partes de los votantes, cosa que tampoco se cumplió, ya que ni siquiera se la propuso.

De todas maneras, lo que sí es evidente es que, aun con irregularidades, no pudo la mayoría del Congreso enmendar el hecho de que primero se sancionó a los vocales del Tribunal Constitucional, luego se convocó a sesión para censurarles y de hecho se les censuró a quienes días antes se les había absuelto.

Además, para entonces, los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional ya fueron nombrados; nombramiento que se realizó en la misma sesión del Congreso Nacional en la que se les cesó a los nombrados en el año 2003, con los votos de los mismos diputados que habían votado a favor de la cesación.

De manera que el mismo Congreso Nacional cesó a los magistrados del Tribunal Constitucional y nombró a los sustitutos con violación de la Constitución y de la ley en la misma forma en que, el propio Congreso Nacional cesó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y nombró a los que sustituyeron a los magistrados cesados.

¿Podrá llamarse juez imparcial el Tribunal Constitucional cuyo origen es una Resolución del Congreso Nacional que tiene los mismos vicios de inconstitucionalidad

e ilegalidad de que adolece la Resolución No. 25-181 por la que cesaron los magistrados de la Corte Suprema de Justicia el 8 de diciembre y se nombró a los nuevos magistrados de la Corte Suprema de Justicia?

La falta de imparcialidad del Tribunal Constitucional es evidente desde que uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, el doctor Víctor Hugo Sicouret, ha concurrido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a defender la validez constitucional, legal y política de la Resolución No. 25-181, cuya inconstitucionalidad habría que demandar al Tribunal integrado por el doctor Víctor Hugo Sicouret.

La conducta del doctor Sicouret ha sido cuestionada por otro magistrado del Tribunal Constitucional, pero el Tribunal como institución guardó silencio y el mismo silencio lo guardaron los otros magistrados del citado Tribunal, sin contar las declaraciones comprometedoras de varios de ellos durante los turbulentos días posteriores a la Resolución del Congreso que tendrían que juzgar.

Sería materia de una novela de suspenso el relato de los actos y sucesos relacionados con la cesación de los magistrados del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral, la convocación a período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional, la secuencia de las resoluciones de éste, las declaraciones de los electos, como las del inicial Presidente de la Corte Suprema de Justicia que informó al Ecuador que el Presidente de la República fue quien le propuso el cargo de Presidente de la Corte, etc.

Son el cúmulo de todos estos actos y sucesos que lleva a amplios sectores del pueblo ecuatoriano a la convicción de que el despojo de los cargos de los magistrados del Tribunal Constitucional, de los vocales del Tribunal Supremo Electoral y de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, así como el nombramiento de los sustitutos, fue materia de una concertación de los partidos políticos que integran la mayoría del Congreso Nacional, de los diputados de ésta misma mayoría y del Presidente de la República para bloquear cualquier reclamo de los perjudicados ante las autoridades legalmente competentes para conocer tales reclamos pero moral y jurídicamente impedidas por su falta de imparcialidad.

Por estas razones, y considerando que no se les había permitido el acceso a los recursos de la jurisdicción interna para hacer valer sus derechos, los ex magistrados acudieron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con una petición que contenía la queja de la violación de sus derechos garantizados en la Constitución Política de la República y en la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 44 y 46.2.b) de esta Convención.

LA REACCIÓN POPULAR Y LA ACEFALÍA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La inconformidad del pueblo ilustrado del Ecuador contra la violación reiterada y sin pudor de la Constitución Política de la República por la mayoría del Congreso Nacional en contubernio con el Presidente de la República fue inmediata y prolongada; la sabiduría popular calificó a la Corte Suprema integrada el 8 de diciembre de 2004 de Corte Suprema de facto y tenía razón porque su nombramiento no se fundamentaba en la razón y en el derecho sino en la decisión arbitraria de la mayoría del Congreso.

La protesta popular, inicialmente aislada, se volcó a las calles y con el eslogan de “que se vayan todos” colmó las plazas y avenidas de Quito cuando el Presidente de la Corte Suprema tomó conocimiento de las causas penales que se tramitan contra el ex presidente de la República Bucaram y le favoreció con autos que anulaban todo lo actuado y le permitían retornar al país libre de toda culpa y de todo riesgo de ir a la cárcel, pese a los múltiples impedimentos legales y morales.

Asustado por la reacción popular y temeroso de que ésta alcanzara la magnitud, que de hecho alcanzó, para removerlo del cargo, el Presidente de la República decretó el estado de emergencia y, alegando que en este estado podía atentar contra la independencia de la Función Judicial expidió un decreto por el cual declaró cesantes a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por el Congreso Nacional el 8 de diciembre del año 2004; este Decreto nunca fue publicado en el Registro Oficial y, por lo mismo, nunca se conoció su texto oficial.

No es de extrañar que Gutiérrez y sus asesores desconocieran que en el estado de emergencia, aun por causa de guerra, está proscrita la intervención en los órganos de la Función Judicial de acuerdo con el art. 27.2 del Pacto de San José del cual es parte el Ecuador y la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La indignación popular creció aun más ante este nuevo atropello al Estado social y democrático de derecho y tuvo que intervenir el Congreso Nacional que, en la sesión extraordinaria del 17 de abril del año 2005, expidió una nueva Resolución mediante la cual cesó a los magistrados que días atrás los había cesado en sus cargos el Presidente de la República. En ninguno de los numerosos discursos, que en esa ocasión pronunciaron los diputados, se motiva jurídicamente la Resolución que aprobaron por unanimidad los 83 diputados presentes en esa sesión.

La resolución aprobada en esa sesión tiene cuatro artículos, cuyas normas fundamentales disponen, primero, dejar sin efecto la Resolución 25-181 del 8 de diciembre de 2004; segundo, declarar que los magistrados que desempeñaban los cargos de ministros de la Corte Suprema de Justicia hasta antes de la Resolución que quedaba

sin efecto habían terminado en sus funciones por el hecho de no haber ejercido las funciones propias de su cargo “desde el 8 de diciembre de 2004”; tercero, comprometer al Congreso Nacional para que dicte “el instrumento jurídico” que permita restablecer la normalidad institucional de la Función Judicial y reconstituir la Corte Suprema de Justicia; y, cuarto, disponer que esa resolución “entrará en vigencia desde el momento de su aprobación, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial”.

4.1. La validez de la Resolución del 17 de abril del año 2005 nadie la discutió; no la discutieron, por supuesto, los magistrados de facto, seguramente porque entendieron que habiendo nacido de una Resolución nula del Congreso, con su aceptación, era legítimo que cesaran, en sus cargos por otra Resolución que, reconociendo la incompetencia para nombrarlos, aprobó el mismo órgano que emitió la primera.

Se discutió arduosamente si procedía cesar a los magistrados nombrados por el Congreso Nacional mediante la Resolución 25-181 del 8 de diciembre de 2004 o si, por lo contrario, lo que procedía era dejar sin efecto esta Resolución; en el debate, por desgracia, no se manifiestan las razones por las cuales debía preferirse la una o la otra de estas dos proposiciones, tanto más que uno de los oradores arguye que el Congreso Nacional no tiene competencia para lo uno ni para lo otro.

Parece que lo que deseaban los unos era que no se dejara sin valor las sentencias, autos, decretos, etc., dictadas por la Corte Suprema de Justicia, calificada de facto; este deseo no se atrevían a expresarlo, sin embargo ensayó pasarlo subrepticamente, pero sin éxito, uno de los diputados militante del PRE; los otros, en cambio, querían evitar que la Resolución favoreciera a Bucaram.

Pero independientemente de lo que implique declarar cesantes a los magistrados nombrados por el Congreso Nacional por la Resolución 25-181, sin tener competencia para nombrarlos, o dejarla sin efecto, por lo que a los efectos de ella se refiere, daba lo mismo porque el artículo cuarto de la Resolución de abril del año 2005 dispone que ella ha de entrar en vigencia “desde el momento de su aprobación”, o sea que desde ese momento dejaban de ser magistrados los nombrados el 8 de diciembre del año 2004.

De hecho, lo que hace a la validez de sus actos, como jueces, queda a merced de la tesis que, sobre los actos de las autoridades de facto, prevalezca a juicio de los magistrados que sean nombrados en el futuro, ojalá a satisfacción del pueblo y del bien común; pero, cualesquiera que ellos sean, no podrán desconocer los principios que, en el Derecho político rigen los actos de las autoridades de facto y en el Derecho administrativo el principio del favor acti.

Ni en los considerandos de la Resolución del 17 de abril del año 2005, ni en los numerosos discursos de los diputados, como repito, se invocan los principios, instituciones, normas y/o doctrinas jurídicas que la sustentan y es más bien evidente el

propósito de complacer a la multitud indignada que esperaba remedio al caos institucional y a la quiebra del Estado social y democrático de derecho que habían causado la mayoría del Congreso Nacional y el Presidente de la República, cuya suerte había sido abandonada a la furia del pueblo en la calles.

Que el propósito de la Resolución era dar satisfacción al pueblo que “en caudalosas manifestaciones” pedía esto, si es que no exigía, consta expresamente, nada menos que en el primer considerando de la Resolución.

Lo que sí es insostenible es el segundo considerando de la Resolución del 17 de abril de 2005 que inculpa a los magistrados cesados el 8 de diciembre de haber abandonado el cargo, desde esa fecha, sin reconocer que de hecho fueron desalojados de sus oficinas por la fuerza pública y que, por lo mismo, no pudieron ejercer sus funciones por razones de fuerza mayor y que además su inconformidad con los actos jurídicos del Congreso Nacional y con los actos materiales de la fuerza pública física manifestaron mediante la presentación de la petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, única vía que les quedaba en el Estado social y democrático de derecho.

La otra vía, la no consentida por el Estado social y democrático de derecho, habría sido la prevista por Hobbes en el “estado de naturaleza” en el que mediante la guerra de todos contra todos recurran a la justicia por sí mismos o por medio de garroteros o mercenarios que al mando de los magistrados cesados disputaran por la fuerza bruta a los que sí contrataron los magistrados nombrados el 8 de diciembre de 2004 y nos ofrezcan el bárbaro espectáculo de muertes y heridos hasta que triunfe el más fuerte, astuto o pícaro.

4.2. Lo más conforme con la ciencia jurídica habría sido revocar la Resolución 25-181 por incompetencia del órgano que la expidió, causa universalmente aceptada como causa de nulidad de pleno derecho, y que puede declararse de oficio o a petición de parte y, con ello, restablecer las cosas al estado en que se encontraban a la fecha en que se aprobó esta Resolución y la razón no requería mucho ingenio para encontrarla, bastaba recordar que la revocatoria, por causa de nulidad de pleno derecho, equivale a inexistencia y es que esto dice el segundo inciso del art. 272 de la Constitución Política de la República que manda a toda autoridad aplicar la Constitución y no la norma jurídica que la contradiga y en armonía con este precepto el art. 274 que autoriza al juez hacer lo mismo, sin necesidad de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma de inferior jerarquía.

De otra parte, la extinción de los actos del poder público por incompetencia del órgano que lo adoptó se encuentra positivada en nuestro ordenamiento jurídico por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (artículos 92 y 94); se podría argüir que no es aplicable a los actos del Congreso Nacional; pe-

ro, sin entrar a discutir esta cuestión, a falta de norma expresa en la Ley Orgánica de la Función Legislativa bien valdría recordarla para aplicar la doctrina universal que no es extraña nuestro Derecho positivo.

Ciertamente que esta solución jurídica tropezaba con un obstáculo político insalvable y era el de que con ella se habría tenido que reconocer el derecho de los magistrados cesados inconstitucionalmente el 8 de diciembre de 2004 para volver a sus cargos, para lo cual no había votos en el Congreso ni era esto lo que demandaba la inmensa mayoría, de la “ciudadanía y de la opinión pública nacional en caudalosas manifestaciones”, según la palabras del primer considerando de la Resolución que analizamos.

Acaso acudiendo al principio de que nadie está obligado a lo imposible y de que el Ecuador estaba ante una norma de imposible cumplimiento, como era la renovación de la Corte Suprema de Justicia por la vía de la cooptación, debió buscarse una solución de compromiso entre las tres funciones del Estado involucradas en el descalabro del Estado social y democrático de derecho. ¿Habría satisfecho esto al pueblo que, al amparo del derecho a la rebelión y consciente de que es el titular de la soberanía y, por tanto, del poder político, llenaba todos los espacios públicos de la ciudad de Quito y pedía “que se vayan todos”?

El vía crucis que vive el Ecuador, con su caídas y levantadas, en sus esfuerzos por restablecer uno de los pilares o piedra sillar del Estado social y democrático de derecho, como es la autonomía de la Función Judicial y jueces independientes, constituye una prueba dolorosa e incommensurablemente difícil y costosa del desquiciamiento causado por la mayoría del Congreso Nacional y la ignorancia de un militar que desacredita a las Fuerzas Armadas y deshonra a la patria.

Justicia constitucional y derechos humanos

Ramiro Ávila Santamaría*

El tema se desarrolla en tres partes. En primer lugar se intenta contextualizar históricamente la justicia constitucional; luego, desde una perspectiva teórica, se caracteriza el modelo jurídico-político en el que se enmarca la justicia constitucional; en un tercer momento se hace una referencia crítica a la justicia constitucional del Ecuador dentro del marco de la independencia judicial; finalmente se recuerda los hechos propiciados por el gobierno del coronel Lucio Gutiérrez en relación a la justicia constitucional.

FORO

APROXIMACIÓN HISTÓRICA

Dividiremos la historia del constitucionalismo, de una forma harto arbitraria y hasta simplificadora, en tres grandes etapas: el no constitucionalismo, el constitucionalismo liberal y el constitucionalismo social o democracia constitucional.

El no constitucionalismo se refiere a las formas de organización política que no estaban enmarcadas en una Constitución. Este modelo responde a un Estado absoluto o a una organización social y política vertical y autoritaria. Quien ostenta el poder tiene la facultad de dictaminar normas y no tiene autoridad alguna que ejerza control sobre sus actos. Esta época corresponde a lo que Bobbio denominaría la era de las obligaciones.¹ Las personas son súbditas, están al servicio de la autoridad y, con suerte, cuando ejercen ciertas libertades, tienen privilegios, que son concesiones (y no se podría hablar de derechos).

El constitucionalismo liberal surge a partir de la revolución francesa. Se crea lo que se conoce con el nombre de Estado de Derecho. Uno de los aspectos más rele-

* Profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y en el Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar; director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE.

1. Norberto Bobbio, "La era de los derechos", en *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, pp. 154-173.

vantes del desarrollo político y jurídico de occidente es la sujeción de las autoridades a una norma considerada como superior, que se denomina Constitución, y que supuestamente se funda en la soberanía del pueblo. Otro aspecto no menos importante es el reconocimiento de derechos considerados como innatos del ser humanos y que el Estado simplemente los reconoce. Estos derechos tienen que ver con las libertades o derechos civiles, con particular énfasis en la propiedad. El Estado tiene un rol pasivo y es mero gendarme y pretende intervenir solo cuando los actores se exceden en sus facultades. Se minimiza pues las posibilidades de acción de los estados y se exagera la capacidad de los particulares.² Jurídicamente prevalece la normatividad que regula las relaciones entre los particulares. Políticamente los ciudadanos delegan, a través del voto, sus poderes a los representantes.

El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y de sus garantías, al igual que la crítica a los modelos de democracia representativa, hizo que se evolucione hacia lo que se conoce como Estado Social de Derecho o democracia constitucional. La función del Estado no es solamente garantizar las libertades de las personas sino también la búsqueda de relaciones equitativas basadas en la promoción y protección de los derechos humanos. No es casual que en el Estado social de Derecho reconocido por la Constitución ecuatoriana,³ el máximo deber del Estado sea el respetar y hacer respetar los derechos humanos.⁴

CARACTERÍSTICAS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

La democracia constitucional es un paradigma teórico con profundas consecuencias tanto para la ciencia jurídica como para el modelo político del Estado. Para tener una mejor comprensión del paradigma intentaremos contrastarlo con el paradigma del constitucionalismo liberal.

La naturaleza de la democracia tiene una nueva dimensión. En el constitucionalismo liberal prima la democracia formal. La democracia es un conjunto de procedimientos que tienen que ser observados para tomar decisiones y para designar a las personas que deciden. En la democracia constitucional, si bien hay que observar los procedimientos, importa más lo sustancial,⁵ la finalidad de las decisiones, que no es

2. Jesús Rodríguez Zepeda, "Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política", cuadernos de transparencia, No. 04, IFAI, México, 2004, p. 35.

3. Constitución Política del Ecuador, art. 1.

4. Constitución Política del Ecuador, art. 16.

5. Ver Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 35 y 339.

otra que el respeto y la garantía de los derechos humanos; por ello la justicia no se sacrificará por la sola omisión de formalidades. Una decisión puede ser inconstitucional si irrespeta los derechos humanos.

En cuanto a la validez de las normas jurídicas, en el constitucionalismo liberal se respetan las formalidades y los procedimientos, y, mientras esto suceda, se presume la legalidad de los actos de los funcionarios públicos, incluido el congreso o parlamento que expide las leyes. La ley deja de ser válida y de tener vigencia una vez que, a través de un procedimiento previamente establecido y por el órgano que expidió la norma, se la deroga. En cambio, en la democracia constitucional una norma pierde automáticamente de valor y deja de existir por el solo hecho de contravenir a la Constitución. Por ello, las autoridades están obligadas a ejecutar directa y automáticamente los derechos humanos⁶ y los jueces a ejercer el control difuso de la Constitución.⁷ No se requiere derogatoria expresa de normas ilegítimas, simplemente no tienen vida jurídica por no adecuarse al ordenamiento jurídico.⁸

El filósofo del derecho alemán Robert Alexy ha desarrollado lo que él llama, en relación a la jerarquía que tienen los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la teoría de los máximos.⁹ Según Alexy, los derechos fundamentales tienen un máximo rango, máxima fuerza normativa, máxima importancia por proteger a la persona y máximo grado de indeterminación.¹⁰

En relación a la interpretación de las normas jurídicas, en el sistema constitucional liberal se utiliza exclusivamente el método de la subsunción. Esto quiere decir que en caso de conflicto entre normas jurídicas, la de mayor jerarquía, la especial o la norma nueva prevalece y subsume a la otra norma, con un carácter general y abstracto. En la democracia constitucional se presentan conflictos entre normas y principios más complejos donde la subsunción no es adecuada por tener las normas en conflicto el mismo rango, especialidad y temporalidad. En estos casos se aplica el método de la ponderación.¹¹ Por este método, que solo puede aplicarse en casos concretos y cuya aplicación no invalida a la norma no adecuada para el caso, el funcionario o juzgador tiene la obligación de equilibrar los intereses en juego. En caso de pugna entre dos derechos, por ejemplo el derecho del arrendatario a la propiedad (co-

6. Constitución Política del Ecuador, art. 18.

7. Constitución Política del Ecuador, arts. 273 y 274.

8. Constitución Política del Ecuador, art. 272.

9. Ver Robert Alexy, "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-48.

10. Ver Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 2002.

11. Ver Luis Prieto Sanchis, "La ponderación y los conflictos constitucionales (...)", en *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 137-158.

brar arriendo) y el derecho a la vivienda del arrendatario, de acuerdo a la situación el juzgador tendrá que razonar cuál es el que prevalece.

La ciencia jurídica en el modelo liberal es por esencia conservadora, explicativa y se basa en el conocimiento de la norma positiva. Las facultades de jurisprudencia enseñan a los y las estudiantes a interpretar la norma por el sentido de sus palabras, los programas de estudio se basan en la estructura de las leyes, el derecho civil es la columna vertebral de la formación. En el modelo de democracia constitucional, en cambio, la ciencia jurídica se transforma completamente. El estudio del derecho debe ser crítico y proyectivo. Las facultades de derecho deberían formar personas analíticas, con capacidad de interpretar las normas desde las ciencias sociales y en el contexto social e histórico, si el fin del Estado es los derechos humanos, las normas y el mismo Estado son un medio para cumplir ese fin, y nunca el fin en sí mismo. La columna vertebral de la carrera de Derecho es el constitucional con particular énfasis en los derechos humanos. No hay rama del derecho que no pueda ser analizada a la luz de los derechos humanos. Solo de esta forma tanto el Estado como el derecho dejan de ser procedimientos y normas abstractas, para llegar a ser sustanciales.

Finalmente, sin ser estas breves y superficiales descripciones las únicas características, la autoridad competente para controlar las normas y las actuaciones de los funcionarios públicos es el juez constitucional. En el modelo liberal la máxima autoridad con la facultad de determinar el marco de acción de las autoridades era el parlamento o congreso, donde las mayorías tomaban las decisiones. En cambio, en la democracia constitucional, el Congreso está limitado por los derechos humanos y no puede legislar aun en contra de ellos cuando existan mayorías. El juez constitucional tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de cualquier acto o norma emanado por cualquier funcionario público, incluido el congreso. Por ello el garante del Estado Social de Derecho son los jueces en general y los jueces constitucionales en particular. El mayor desarrollo y avance del Derecho ha sido crear el control de la constitucionalidad. Por ello, contar con un juez independiente e imparcial es de vital importancia para la subsistencia y desarrollo de la democracia constitucional y para la garantía de los derechos humanos.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Este tema puede ser abordado desde múltiples perspectivas. Por ser éste el tema central de la publicación, nos dedicaremos a tratarlo desde la garantía de independencia judicial.

El Ecuador está en mora legislativa frente a la garantía de una justicia independiente e imparcial. La independencia e imparcialidad, según el Comité de Derechos Humanos,¹² “plantea diversas cuestiones en cuanto a la manera en que se nombra a los jueces, las calificaciones exigidas para su nombramiento y duración de su mandato (...) las condiciones que rigen su cesación de funciones y la independencia efectiva con respecto al Poder Ejecutivo y Legislativo”.¹³

En cuanto a la selección, los vocales del Tribunal Constitucional provienen de ternas de distintos cuerpos colegiados.¹⁴ Los vocales pueden guardar fidelidad frente a los intereses de sus nominadores y, por tanto, podrían no ser independientes. Además son designados por el Congreso Nacional. En cambio, los magistrados de la Corte Suprema tienen la garantía de la cooptación,¹⁵ es decir, no son nombrados por el Congreso, y se lo hace en función de sus méritos.

En relación a la especialidad, no existe requisito alguno en la Constitución en relación a la experticia para conocer temas constitucionales, de derechos humanos y de ciencia política. Parecería que más que la especialidad lo que importa para su designación es su afinidad y relaciones políticas.

La garantía de funcionamiento tiene que ver con la existencia de períodos de tiempo suficientes para poder ejercer su cargo. Los vocales tienen que tener estabilidad. La Constitución establece un corto período de cuatro años.¹⁶ Para demostrar que pueden existir mejores garantías, mencionemos que los magistrados de la Corte Suprema no están sujetos a período fijo.¹⁷

En cuanto a la remoción, los vocales del Tribunal Constitucional pueden ser removidos por juicio político,¹⁸ mientras que los magistrados de la Corte Suprema gozan de la garantía de inamovilidad y no pueden ser juzgados políticamente. De esta forma, cuando el Congreso no esté de acuerdo con alguna decisión del Tribunal Constitucional simplemente puede invadir su esfera y destituirles.

Podríamos concluir que el marco jurídico constitucional no establece garantías específicas para que la justicia constitucional en el Ecuador sea independiente e imparcial.

12. Observación general No. 13 en relación al art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

13. Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Sr. Leandro Despouy, 31 de diciembre de 2003, E/CN.4/2004/60, párrafo 45.

14. Constitución Política del Ecuador, art. 275: ternas que provienen del presidente, Corte Suprema, Congreso, alcaldes, prefectos, centrales de trabajadores, organizaciones campesinas e indígenas.

15. Constitución Política del Ecuador, art. 202.

16. Constitución Política del Ecuador, art. 275.

17. Constitución Política del Ecuador, art. 202.

18. Constitución Política del Ecuador, art. 130 (9).

LA COYUNTURA POLÍTICA EN ECUADOR Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL¹⁹

No podemos dejar de recordar, para que no vuelva a suceder, lo que ha sucedido con el Tribunal Constitucional en el gobierno de Lucio Gutiérrez, que demuestra que de hecho dejó de existir la justicia constitucional en el Ecuador y que tanto la Función Ejecutiva como la Legislativa atentaron contra la independencia judicial del Tribunal Constitucional.

En noviembre de 2004 el Presidente de la República anunció el propósito del Gobierno de impulsar (en el Congreso) la reorganización de la Corte Suprema de Justicia (en adelante “CSJ”), con el objeto de “despolitizarla”. Para viabilizar el proyecto presidencial de modificación de la CSJ, y en consideración a que el TC, máximo organismo de control constitucional, podría frenar su inconstitucional iniciativa, el gobierno nacional preparó la reorganización del TC.²⁰

Ante la amenaza gubernamental, el Tribunal Constitucional publicó en la prensa nacional un comunicado, en cuya parte fundamental anticipa que “si los vocales del Tribunal Constitucional fuesen removidos mediante simple resolución se estaría violando el Estado Social de Derecho” y subraya que la única vía jurídica para remover a los vocales, de acuerdo con la Constitución, es a través de un juicio político.²¹ La Corte Suprema de Justicia, el mismo día, pide respeto a la Constitución vigente.²²

El 24 de noviembre de 2004 la mayoría del Congreso afín al Gobierno intenta destituir a los vocales del TC y del Tribunal Supremo Electoral (en adelante “TSE”). Para ello, durante la sesión del Parlamento, diputados de esa mayoría pidieron al presidente del Congreso, Guillermo Landázuri, que modifique el orden del día previamente adoptado para la discusión legislativa, a fin de considerar un proyecto de resolución que declare la cesación en funciones de los vocales del TC. Landázuri manifestó que no procedía alterar el orden del día aprobado y, además, sostuvo que “la única vía constitucional y legal para provocar cambios en el TC es el juicio político”.²³

19. Los hechos son tomados de la petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en febrero de 2004, por los vocales del Tribunal Constitucional patrocinados por la Clínica de Derechos Humanos.

20. *El Telégrafo*, “Gobierno busca reorganizar el Tribunal Constitucional”, 24 de noviembre de 2004, 8A; *El Telégrafo*, “Buscan reestructurar TC”, 23 de noviembre de 2004; *La Hora*, “Gobierno busca reestructurar TC”, 23 de noviembre de 2004.

21. *Diario La Hora*, 24 de noviembre de 2004, “Tribunal Constitucional al país”.

22. Corte Suprema de Justicia, “La Corte Suprema de Justicia al país”, 25 de noviembre de 2004, A5; *Expreso* de Guayaquil, “La Corte y el Tribunal Constitucional piden respeto a la Carta Magna vigente”, 25 de noviembre de 2004; *Expreso* de Guayaquil, “la ley no es ley, es una suma de votos”, p. 3; *El Universo*, “TC y CSJ condenan propósito de reorganizar estas funciones”, 25 de noviembre de 2004, A2.

23. *El Universo*, “Oposición desacelera a gobiernistas”, 25 de noviembre de 2004, A2.

El mismo día 24, en vista de los planteamientos de varios diputados tendientes a destituir a los vocales del TC, el Presidente del Congreso Nacional convocó a comparecer a juicio político para el 1 de diciembre a seis vocales principales del TC. La convocatoria a juicio político se sustentó en que dichos vocales votaron a favor de resoluciones adversas a los intereses de ciertos partidos políticos representados en el Congreso.²⁴

Por lo expuesto, la convocatoria a “juicio político” era ilegal y constituía una injerencia del Congreso en la independencia del TC.

El 25 de noviembre de 2004, pese a la convocatoria a juicio político, el Congreso Nacional, mediante una simple resolución adoptada por la mayoría gobiernista, en contra de normas expresas de la Constitución y en violación de los procedimientos propios del debido proceso (del juicio político), resolvió que los vocales principales y suplentes del Tribunal Constitucional habían sido designados en forma ilegal en 2003²⁵ y cesó en sus funciones a todos los vocales principales y suplentes del TC.²⁶

El mismo 25 de noviembre el Congreso Nacional procedió a designar a los nuevos vocales del TC sobre la base de las ternas que ya fueron utilizadas por el Congreso en marzo del año 2003 para elegir a los anteriores vocales del TC.

De esas ternas de 2003, la mayoría afín al gobierno seleccionó a nuevos vocales del TC de acuerdo a conveniencias políticas y de manera irregular.²⁷ Tan politizada fue la

24. Ver Oficio No. 1212, con fecha 24 de noviembre de 2004, por el que el presidente del Congreso Nacional, Guillermo Landázuri, notifica al vocal del Tribunal Constitucional Oswaldo Cevallos Bueno del llamamiento a juicio político. Similares notificaciones se enviaron a otros, pero no a todos los vocales del TC, según se señala más adelante; Of. 1215-PCN dirigido a vocal Miguel Camba.

25. La Resolución 25-160, de 25 de noviembre de 2004, fue adoptada por la mayoría de diputados entre los que se contaban muchos de los legisladores que justamente participaron y votaron en la elección de los vocales del Tribunal el 19 de marzo de 2003, tales como los diputados de los partidos Prian, Sociedad Patriótica, Unión Alfarista y Democracia Popular, integrantes ahora de la coalición gobiernista.

26. Resolución 25-160, de 25 de noviembre de 2004, publicada en el Registro Oficial No. 485 de 20 de diciembre de 2004. Ver también *El Universo*, “Mayoría gobiernista removió esta madrugada a vocales del TC y TSE”, 26 de noviembre de 2004; *El Universo*, “Mayoría reestructuró la integración del TC y TSE”, 26 de noviembre de 2004, A4; *Expreso* de Guayaquil, “Una resolución liquidó a los tribunales”, 26 de noviembre de 2004; *El Telégrafo*, “Mayoría consiguió nombrar a II vicepresidente y reorganizar el TC”, 26 de noviembre de 2004.

27. Por citar tres ejemplos: 1. De las ternas remitidas por el Ejecutivo al Congreso el 20 de febrero de 2003, se designa al Dr. Milton Burbano de la primera terna como principal y, como su alterna, a la Dra. Amparo Lalama, quien constaba en la segunda terna, como suplente del Dr. Simón Zabala. 2. De la terna enviada dos años antes por la Corte Suprema de Justicia, se nombra a dos vocales principales, el Dr. Hernán Ribadeneira y el Dr. René de la Torre, este último formaba parte del TC y volvió a posesionarse de su cargo a pesar de que suscribió la publicación en la que calificaba de ilegal el procedimiento de cesar a los vocales mediante resolución. 3. De las ternas remitidas por el Tribunal Supremo Electoral para escoger a los vocales representantes de las cámaras de la producción, se nombra como vocal principal al Dr. Ricardo Izurieta y, como suplente, no al que era su suplente en las ternas remitidas por el respectivo colegio electoral, el Dr. Marco Landázuri, sino al Dr. Genaro Egui-guren, quien era el suplente del Dr. Luis Rojas en el Tribunal defenestrado.

designación que uno de los vocales del TC, el Dr. Víctor Hugo Sicouret, se ha desempeñado como uno de los asesores cercanos del Presidente de la República.²⁸ Sicouret, luego de posesionado como vocal de facto del TC, “en nombre del gobierno dijo que la resolución del Congreso [de reemplazar a los miembros del TC y el TSE] es constitucional y legal (sic)”,²⁹ además advirtió que “la primera acción será desalojar con el respaldo de la fuerza pública a los vocales cesados”.³⁰ Es decir, anticipó criterio sobre un asunto que podría eventualmente llegar a conocimiento del TC de facto.

Al día siguiente, 26 de noviembre de 2004, se posesionaron los nuevos miembros del TC (y del TSE), ilegalmente designados.³¹ El 30 de noviembre de 2004 los “vocales” del TC indebidamente elegidos la víspera nombraron como presidente del organismo a un afiliado al partido del Presidente de la República (Partido Sociedad Patriótica), Estuardo Gualle Bonilla.³²

El 1 de diciembre de 2004 el orden del día del Congreso Nacional incluyó el debate de las mociones de censura en contra de algunos vocales del TC ya cesados. El juicio político concluyó sin que se haya aprobado ninguna moción de censura. El Presidente del Congreso Nacional, luego de proclamados los resultados de la votación, por parte de Secretaría, declaró negada la moción de censura.³³ En otras palabras, en el juicio político el Congreso Nacional consideró que los vocales del TC eran inocentes de las acusaciones.³⁴

Al día siguiente, 2 de diciembre de 2004, varios vocales magistrados presentaron acciones de amparo. En algunas de ellas intervino el diputado Luis Fernando Almeida, afín a la mayoría legislativa del gobierno, compareció al juicio, sin haber sido parte procesal, y solicitó que se revoque el auto del juez. Además le solicitó que se inhiba de conocer la causa y le amenazó: “ejerceré las acciones penales que me asiste por ser parte afectada y requeriré se inicie la respectiva instrucción fiscal y se dicte auto de prisión preventiva en su contra”.³⁵

28. *El Universo*, “Sicouret es el estratega del régimen”, 25 de noviembre de 2005, p. A2; *El Comercio*, “Sicouret y sus mayorías anti-PSC”, 19 de diciembre de 2004, p. A2.

29. *El Comercio*, “La reorganización fue legal y constitucional: Sicouret”, 12 de diciembre de 2004, A3.

30. *El Universo*, “Mayoría reestructuró la integración del TC y TSE”, A4.

31. Resolución 25-161 del Congreso Nacional, publicada en Registro Oficial No. 485, 20 de diciembre de 2004, pp. 7-10; *El Telégrafo*, “Mayoría busca ampliar espacios de negociación”, A6.

32. *Expreso de Guayaquil*, “Sociedad Patriótica y el MPD al frente del Tribunal Constitucional”, 1 de diciembre de 2004; *Hoy*: “El gobiernista Gualle dirige el Tribunal Constitucional” y “Sociedad Patriótica y MPD controlan el Tribunal”, 1 de diciembre de 2004.

33. Certificación del Secretario General del Congreso Nacional, con fecha 2 de diciembre de 2004. En esta certificación consta el orden del día y el resultado de la votación.

34. *El Universo*, “Mayoría no logró censurar a los ex vocales del TC”, 3 de diciembre de 2004, A2.

35. Juicio No. 1222-2004, escrito del diputado por Guayas, Luis Almeida Morán, con fecha 7 de diciembre de 2004, Juzgado Octavo de lo Civil de Pichincha.

Una vez instalado el Tribunal Constitucional de facto, el 2 de diciembre de 2004, el Presidente de la República solicitó a los “vocales” del Tribunal que se pronuncien para impedir que los jueces de instancia acepten al trámite acciones de amparo constitucional que cuestionen resoluciones parlamentarias.

El TC, en atención a la petición presidencial, violentado el procedimiento interno y sin las formalidades requeridas,³⁶ resolvió comunicar al Presidente de la Corte Suprema que no procedía interponer acciones de amparo para suspender los efectos de una resolución parlamentaria:

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL / En la petición formulada por el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador, por lo cual solicita la intervención del Tribunal Constitucional para impedir que los jueces de instancia acepten al trámite acciones de amparo constitucional en contra de la Resolución Parlamentaria 25-160, adoptada por el H. Congreso Nacional el 25 de noviembre de 2004, violando todo principio constitucional, legal, así como las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, en base a lo previsto en el art. 277 de la Constitución Política de la República al amparo de lo determinado en el art. 276, numeral 6 *ibídem*, en concordancia con el art. 12 numeral 5 y art. 29 de la Ley Orgánica de Control Constitucional (...) Resuelve: Establecer que para suspender los efectos de una resolución parlamentaria, entre ellas la 25-160, adoptada por el H. Congreso Nacional el 25 de noviembre de 2004, por supuesta violación de la Constitución, en el fondo o en la forma, la única acción que cabe es la acción de inconstitucionalidad que debe proponerse ante el Tribunal Constitucional (...).³⁷

Los vocales del TC de facto, Sicouret y Rivadeneira, se pronunciaron públicamente en contra de los jueces que conocieron las acciones de amparo. El primero amenazó con enjuiciar a los jueces, y el segundo explicó, adelantando criterio, que las acciones de los jueces “no se ajustan a lo que dispone la Constitución y la Ley de Control Constitucional (...)”.³⁸

Peor aún, el Presidente del TC de facto, Estuardo Gualle, manifestó que “el organismo no acatará la resolución de los jueces (...) que aceptaron la acción de amparo interpuesta por los ex vocales... en caso de que persistan en esta actitud, se podría iniciar acciones legales por usurpación de funciones...”.³⁹

36. No está previsto ese trámite entre las facultades que tiene el Tribunal de acuerdo a la Constitución, y, además, no se siguió ningún trámite, no hay demanda, ni sorteo, ni informes y ni siquiera actúan el secretario o prosecretaría del Tribunal.

37. Resolución del Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 2004, aprobada en sesión en pleno y publicada en el Registro Oficial No. 477, de 8 de diciembre de 2004, pp. 1 y 2.

38. *El Universo*, “Nuevos vocales del TC rechazan suspensión preventiva de la reorganización del organismo”, 5 de diciembre de 2004, A2.

39. *El Telégrafo*, “TC no acatará recurso de amparo de ex vocales y advierte a jueces”, 8 de diciembre de 2004, A10.

Las indicadas actuaciones del Tribunal Constitucional, órgano que decide en segunda instancia los recursos de amparo,⁴⁰ anularon de este modo una primordial herramienta jurídica de defensa de derechos fundamentales, expusieron de modo fehaciente su falta de imparcialidad, y delataron su dependencia de la mayoría parlamentaria afín al Gobierno y de la propia Función Ejecutiva.⁴¹

El camino de arbitrariedades no terminó ahí. Aunque el Congreso Nacional no les halló culpables en el juicio político que terminó el 1 de diciembre de 2004, el 5 de diciembre el Presidente de la República convocó a un período extraordinario de sesiones del Congreso Nacional para el 8 de diciembre, a fin de resolver, entre otras cosas: “1. Votación en el Juicio Político contra los ex vocales del Tribunal Constitucional”.⁴²

El Presidente del Congreso, Guillermo Landázuri, precisó que “la convocatoria es inconstitucional, ilegal, arbitraria y totalmente contraria al ordenamiento constitucional (...) el Presidente de la República solo puede hacer cumplir la Constitución en el ámbito de sus competencias y no dentro de las otras funciones del Estado”.⁴³

En la sesión convocada por el Presidente de la República, el 8 de diciembre de 2004, la mayoría del Congreso afín al Gobierno repitió la votación del juicio político, por segunda vez, y, sin observar las normas del debido proceso, toda vez que ya se había resuelto sobre la materia el 1 de diciembre, censuró a los vocales magistrados del TC.⁴⁴

Además de los referidos vicios de fondo y de procedimiento, conviene destacar otras irregularidades en torno a la cesación de los vocales magistrados del TC:

- a) El vocal magistrado Oswaldo Cevallos fue juzgado por el Congreso Nacional a pesar de no haber participado en una resolución del TC por la cual enjuició políticamente el Congreso;⁴⁵
- b) Los vocales magistrados Herrería y Terán nunca fueron llamados a juicio político y, sin embargo, fueron cesados en sus funciones;⁴⁶ y,

40. Constitución, arts. 95 y 276 (3).

41. Noticia Hoy on line: “Tribunal Constitucional amenaza a jueces que aceptaron amparos de ex vocales”, 6 de diciembre de 2004.

42. *El Comercio*, Convocatoria a Congreso extraordinario, 5 de diciembre de 2004; *El Universo*, 5 de diciembre de 2004, A2.

43. *El Telégrafo*, “Landázuri: Convocatoria a Congreso extraordinario es inconstitucional”, 6 de diciembre de 2004, A8.

44. Registro Oficial No. S-282, de 1 de marzo de 2004. Ver *El Telégrafo*, “Congreso ratificó la cesación y censura de ex vocales del TC”, 9 de diciembre de 2004, A6.

45. El vocal estuvo hospitalizado en la fecha en que se dictó la Resolución No. 025-2003-TC, del Tribunal Constitucional, y no tuvo participación en el trámite de la misma.

46. Certificación del prosecretario del Congreso Nacional, John Argudo Pesántez, con fecha 20 de diciembre de 2004.

- c) El Congreso exoneró de culpa al vocal De la Torre, afín al Gobierno, aunque había votado a favor de una resolución sobre el décimo cuarto sueldo, “infracción” que supuestamente hacía merecedores de sanción al vocal Burbano. Este proceder pone en evidencia el trato discriminatorio a los vocales que no eran considerados afines al Gobierno y a la mayoría del Congreso Nacional.

CONCLUSIÓN

Ecuador ha reconocido que es un Estado Social de Derecho y también ha incorporado en la Constitución lo más importante de este modelo político y jurídico de gobierno: los derechos humanos.

Sin embargo, la garantía del modelo, que es la existencia de la justicia constitucional a través de jueces independientes e imparciales, tiene serias deficiencias técnicas.

Peor aún, cuando existió injerencia directa por parte del gobierno de Lucio Gutiérrez, ex presidente del Ecuador, y por parte del Congreso Nacional, no solo que no existe garantía del Estado social de derecho sino que las consecuencias son funestas.

Entre otras consecuencias, existe un retroceso en el modelo y, en la práctica, del constitucionalismo democrático a la época del no constitucionalismo. Al no existir garantías, la impunidad, cuando existen abusos por parte de las autoridades públicas, es un hecho. Los y las ciudadanas estamos en una situación de vulnerabilidad. En pocas palabras, reina el autoritarismo y la forma de gobierno es la dictadura.

El juicio político en la Constitución ecuatoriana

Rafael Oyarte Martínez*

El presente estudio ofrece un análisis sobre el juicio político como una de las instituciones de un Estado de Derecho en el que la responsabilidad y el control de los gobernantes y los órganos del poder público es efectivizada indirectamente a través del ejercicio de la facultad fiscalizadora del Congreso Nacional.

Como antecedente, el autor inicia con el estudio de la *facultad de inspección o la información documentaria del Congreso Nacional*, así denominada por la Ley Orgánica de la Función Legislativa, para señalar al juicio político como la consecuencia del incumplimiento del funcionario a este requerimiento; a más de este caso, describe el autor los requisitos numéricos para instruir el juicio político, oportunidad, procedimiento, causales, los sujetos pasivos, que son analizados individualmente. Para el efecto el autor se remite a datos históricos, legislación nacional y comparada, y doctrina. La exposición incluye también comentarios de interpretación y un colofón con conclusiones y fundados comentarios.

FORO

INTRODUCCIÓN

Como el establecimiento de una democracia directa no ha sido posible en los estados contemporáneos, sea por el conocido problema demográfico o porque la complejidad de las cuestiones estatales no permiten, la más de las veces, que estos asuntos sean debatidos por todos, se implementó en el constitucionalismo clásico el sistema de democracia representativa, o indirecta, en la que el pueblo otorga un mandato político a sus representantes. Propio de un Estado de Derecho es el establecimiento de normas que hagan efectivo el principio de responsabilidad, en todos los órdenes, siendo uno de ellos el político. Los gobernantes son, por tanto, políticamente responsables de sus actos ante el pueblo soberano, lo que se efectiviza directamente a través de la revocatoria de mandato, e indirectamente por medio del juicio político.

* Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Universidad Técnica de Ambato.

Al igual que en la generalidad de sistemas que adoptaron el sistema de gobierno presidencialista republicano, en el Ecuador el Congreso Nacional legisla y fiscaliza.¹ A través del ejercicio de su facultad fiscalizadora, la Legislatura controla a los órganos del poder público, no solo gubernamentales, a nombre del pueblo, lo que se practica de dos formas: a través de una función política (juicio político) y por medio de una facultad de inspección (información documentaria).

La base normativa de la facultad fiscalizadora del Congreso Nacional se encuentra en la Constitución (CE), la Ley Orgánica de la Función Legislativa (LOFL) y el Reglamento Interno de la Función Legislativa (RIFL).

INFORMACIÓN DOCUMENTARIA

La facultad de inspección se dirige a conocer la actividad gubernamental y, en general, de los órganos del poder público, con el objetivo de evaluar esa gestión tanto desde el punto de vista de la juridicidad, esto es, que las operaciones realizadas o por realizarse se sometan a derecho, como en relación al mérito, es decir, a la conveniencia de las actuaciones.

El Congreso Nacional cuenta entre sus atribuciones la de “solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias” (art. 130, num. 8, CE). Esta solicitud debe ser canalizada por cualquier diputado a través del presidente del Congreso Nacional o de los presidentes de las comisiones especializadas permanentes (art. 79 LOFL).²

La Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa determinan que la información puede ser requerida a cualquier funcionario del sector público, por lo que se excluye a quienes no tienen esa calidad, es decir, a particulares en general. Se hace presente que los diputados son funcionarios públicos (art. 135, inc. 2, CE) pero ello no quiere decir que se los someta al control político parlamentario en sentido estricto, toda vez que tanto a través del juicio político como por medio de la información documentaria se ejerce el control extraorgánico. Para los legisladores se encuentra previsto el proceso de descalificación en el caso de incurrir en prohibiciones o en violaciones al Código de Ética de la Legislatura (arts. 135 y 136 CE, y 65 a 67 LOFL).

-
1. El control político es más eficaz en un sistema parlamentario que en los presidencialismos, en virtud del voto de desconfianza y de la responsabilidad solidaria, fundamentalmente.
 2. Para el cumplimiento de las atribuciones del Congreso, se conforman comisiones especializadas permanentes, cuyo número, conformación y competencia se determina en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, encontrándose prohibida la creación de comisiones ocasionales (arts. 134 CE y 30 LOFL).

Los diputados pueden solicitar cualquier información que consideren necesaria, con excepción de la calificada de seguridad nacional (art. 79 LOFL), es decir, siguiendo los lineamientos contenidos en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a Información Pública, la que se declara como reservada por el Consejo de Seguridad Nacional y que, de modo general, se refiere a los planes y órdenes de defensa nacional, militar, movilización, de operaciones especiales y de bases e instalaciones militares ante posibles amenazas contra el Estado; información en el ámbito de la inteligencia, específicamente los planes, operaciones e informes de inteligencia y contra inteligencia militar, siempre que existiera conmoción nacional; información sobre la ubicación del material bélico cuando ésta no entrañe peligro para la población; y, los fondos de uso reservado exclusivamente destinados para fines de la defensa nacional (art. 17 Lotaip). En todo caso, se hace presente que el Código de Ética de la Legislatura sanciona al congresista que divulgue datos revelados en sesión reservada comprometiendo “gravemente la seguridad interna o externa del país” con la pérdida de la calidad de diputado (art. 13, inc. 3, CEL).

Esta facultad de inspección, denominada genéricamente por la Ley Orgánica de la Función Legislativa como “información documentaria”, se practica a través de dos procedimientos distintos: la información documentaria propiamente dicha, esto es, cuando se solicita la entrega de documentos, y la simple información, cuando el legislador dirige preguntas a un funcionario público.

INFORMACIÓN DOCUMENTARIA

Cuando el diputado solicita documentos, el funcionario competente está en la obligación de proporcionarla (art. 80 LOFL) y, en caso contrario, el legislador puede solicitar la comparecencia del omiso ante el Congreso o ante la comisión respectiva (art. 83 LOFL). Ello depende de la forma como el legislador realizó la solicitud, esto es, si la canalizó a través del presidente del Congreso Nacional o del presidente de una de las Comisiones.

La información, naturalmente, debe proporcionarse por escrito, en copias certificadas, es decir, no se deben requerir originales, los que tienen que permanecer en la respectiva institución. La certificación debe ser realizada por el funcionario que tiene la competencia para certificar documentos en la respectiva entidad. La información requerida se entrega al solicitante a través del presidente de la Legislatura o de la comisión respectiva dentro del término de quince días, existiendo la posibilidad de solicitar justificadamente un término adicional improrrogable de cinco días (art. 80 LOFL).

INFORMACIÓN A BASE DE PREGUNTAS

Los legisladores pueden solicitar información por medio de preguntas formuladas por escrito al funcionario público. El solicitante puede optar porque la respuesta sea realizada en forma escrita o por medio de una exposición oral (art. 81 LOFL).

Si se requirió la respuesta por escrito, el funcionario cuenta con un término de diez días para proporcionar las respuestas ante el presidente de la Legislatura o de la comisión respectiva, pudiendo solicitarse un término adicional improrrogable de cinco días (art. 82 LOFL). Si la información no es proporcionada el legislador puede solicitar la comparecencia del funcionario requerido ante el Congreso o ante la comisión respectiva (art. 83 LOFL). Ni la Ley Orgánica de la Función Legislativa ni el Reglamento Interno de la Función Legislativa establecen un número máximo de preguntas a realizarse ni la forma en que debe ser realizado el cuestionario, aunque, sostengo, se deben tener presentes las normas generales para esta clase de actuaciones, como la de no formular más de un cuestionamiento en cada pregunta, sin que éstas sean capciosas o impertinentes, ni que induzcan la respuesta (v. gr. art. 243 CPC). Estimo que no hay que confundir la información documentaria con una confesión judicial o con diligencias preparatorias, pues si de establecer responsabilidad del funcionario se trata existe el juicio político, lo que no excluye que de los resultados de la información documentaria se pueda, finalmente, determinar el mérito de un eventual juicio político del mismo funcionario o de otros. De este modo, al no tratarse de una interrogación con la finalidad de hacer responsable al funcionario requerido, se puede señalar que el funcionario no requiere necesariamente la asistencia de un abogado defensor, aunque este punto de derecho no resulta nada pacífico y bien se puede sostener lo contrario (art. 24, num. 5, CE), básicamente en el sentido de que en materia de derechos se debe estar a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia (arts. 18, inc. 2, y 24, num. 5, CE). Lo dicho, en todo caso, no excluye la aplicación de las normas constitucionales relativas a cualquier declaración, como la de no obligar al compareciente a realizar afirmaciones en su contra que le puedan ocasionar responsabilidad penal, por ejemplo (art. 24, num. 9, CE).

Si se requiere la respuesta oral, el presidente de la Legislatura señalará la fecha y hora para la comparecencia del funcionario ante el Congreso o ante la comisión, según corresponda, la misma que debe ser fijada entre los diez y los quince días posteriores desde que se corrió traslado con la solicitud del congresista (art. 84 LOFL). En el día y hora señalados se instala la sesión del Congreso o de la comisión respectiva, en la que el funcionario requerido o su delegado debe responder el cuestionario y, además, contestar las preguntas que formulen los legisladores (art. 85, inc. 1, LOFL) que, naturalmente, se deberán referir a los asuntos sobre los que versa la comparecencia y no a otros que le son ajenos, pues, en este último caso, se debería requerir

nuevamente al funcionario en un procedimiento separado. Concluida la exposición, los diputados deben debatir sobre lo expuesto por el funcionario o su delegado, quienes deben permanecer en el recinto en virtud de la reforma introducida al inciso segundo del artículo 85 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa (art. 14 de la Ley No. 114 de 1998), pues anteriormente estaban facultados para retirarse luego de realizada su presentación.

Si el diputado requirente no señala la forma en la que el funcionario debe realizar su respuesta (es decir, oral o escrita), como ocurre en diversas ocasiones, la contestación deberá darse por escrito, en los plazos ya señaladas, toda vez que al no demandarse la respuesta en forma oral, el presidente de la Legislatura no señalará día y hora para la comparecencia del requerido.

Por último, corresponde al funcionario requerido la decisión de responder personalmente o por medio de un delegado que nombre para el efecto, pues, naturalmente, esa es una determinación que no puede ser adoptada por el legislador solicitante (art. 81 LOFL).

EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUERIDO

La Ley Orgánica de la Función Legislativa no señala las consecuencias que se aplican al funcionario requerido que no hace la entrega de la información o no comparece al Congreso Nacional o a la comisión respectiva. En este caso se hace presente que el funcionario ha cometido una violación legal en el ejercicio de su cargo, lo que bastaría para iniciarse un juicio político en su contra, solo por esta causa. Ahora bien, como se revisará más adelante, no todo funcionario es sujeto pasivo de juicio político, para esos casos el vacío permanece.

EL JUICIO POLÍTICO

El ejercicio de la facultad fiscalizadora del Congreso Nacional se completa a través de la atribución fundamental de la Legislatura de operar el juicio político contra diversos dignatarios y funcionarios públicos, instituto a través del que se persigue el establecimiento de la responsabilidad política de éstos. Muchos inconvenientes se señalaron respecto del sistema ecuatoriano de enjuiciamiento político, lo que llevó al constituyente de 1998 a realizar una serie de reformas a la institución, algunas de las cuales han pretendido solucionar problemas que, sin que se haya modificado sustancialmente el procedimiento, incluso impiden la aplicación efectiva del principio de responsabilidad.

SOLICITUD

Tradicionalmente en el Ecuador no se establecieron requisitos numéricos para instruir el juicio político, cualquier legislador podía iniciarlo, aunque no se llegó a prever, como ocurrió con la Constitución grancolombiana de 1830, que éste pueda ser promovido constitucionalmente a instancia de cualquier ciudadano (art. 63, No. 1). Sobre este aspecto, se debe tener presente que en los Congresos bicamerales que se establecieron en nuestra historia constitucional, como ocurre en la generalidad de sistemas comparados, la acusación se formulaba en la cámara baja (comúnmente denominada de diputados o de representantes) y era finalmente conocida por el Senado, mientras que en los monocamerales el procedimiento, generalmente, se inicia y concluye ante el mismo órgano.

El hecho de que cualquier congresista pudiese iniciar un juicio político fue utilizado, como lo observó Ernesto Albán Gómez, por los políticos de oposición para tratar “de levantar su imagen utilizando este mecanismo en forma casi despiadada y actuando en general contra la figuras políticamente más destacadas de los respectivos gobiernos”.³ Por lo señalado, en la codificación constitucional de 1998 se condicionó la solicitud de juicio político a que ésta sea formulada, al menos, por la cuarta parte del total de legisladores, con lo que se tiende a evitar que se acumulen esta clase de causas. Como se observa, la Constitución ecuatoriana establece un mínimo de legisladores para iniciar la acusación constitucional, mas no establece un máximo, como sí lo hizo el constituyente chileno⁴ con la finalidad de que los asuntos no sean prejuzgados.⁵

SUJETOS PASIVOS DE JUICIO POLÍTICO

No todo funcionario o dignatario público puede ser sujeto de juicio político. La Constitución los restringe a los siguientes:

-
3. Ernesto Albán Gómez, *Un tema crítico: relaciones entre Ejecutivo y Congreso*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997, p. 20.
 4. *Constitución Política de Chile*, art. 48, No. 2, en que se atribuye a la Cámara de Diputados declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen.
 5. En nuestro caso se podría dar el fenómeno de que la solicitud de juicio político sea suscrita por más de la mitad del total de legisladores, con lo que el proceso para determinar la censura de la generalidad de funcionarios –con excepción del Presidente y del Vicepresidente de la República– no pase de ser un mero formalismo para tomar una decisión que, de suyo, ya habría sido adoptada de forma previa.

Función Ejecutiva

Pueden ser sometidos a juicio político el Primer y Segundo Mandatarios, además de los ministros de Estado. Como lo señala Hernán Salgado Pesantes, “si bien el Ejecutivo se mueve dentro de los límites señalados por las normas jurídicas generales, también actúa dentro de un amplio margen discrecional, donde cuenta la voluntad política de quien gobierna para la toma de decisiones. Esto hacía necesario un control político de parte de la Función Legislativa, además de que traería cierto equilibrio entre los poderes del Estado”.⁶

En un sistema republicano presidencialista el titular único de la Función Ejecutiva es el Presidente de la República (art. 164 CE), por lo que las decisiones, finalmente, son tomadas por el Jefe del Estado; los ministros de Estado no son sino colaboradores directos e inmediatos del Primer Mandatario. Por la gravedad que implica la posibilidad de someterlo a un enjuiciamiento político por todas las actuaciones dentro de este poder del Estado, el constituyente ha preferido derivar la responsabilidad a los ministros tomándolos como sus representantes en la cartera a su cargo (art. 176, inc. 1, CE). Por otra parte, el Vicepresidente de la República, a diferencia de los ministros, no es un funcionario de confianza del Jefe del Estado –no lo nombra y remueve libremente–, y ejerce las funciones que éste le asigna (art. 173 CE) y la comisión de las infracciones que se determinan para el juicio político son de su propia responsabilidad.

Órganos de control

Se puede proceder al enjuiciamiento político de los titulares de los órganos cuya nominación depende del Congreso Nacional: Contralor y Procurador General del Estado, Defensor del Pueblo, Ministro Fiscal General y Superintendentes que, en virtud de las leyes correspondientes, son los de Bancos y Seguros (art. 171 Lgisf), de Telecomunicaciones (art. 34 LET) y de Compañías (art. 430 L.Cía).

No se incluye dentro de la enumeración a los miembros de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción ni a los miembros del directorio del Banco Central del Ecuador. En el primer caso se debe tener presente que los integrantes de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción no son designados por el Congreso Nacional, sino por los diversos colegios electorales que se determinan en su Ley Orgánica (art. 4 Locccc). Además, por la naturaleza de sus funciones, pues las investigaciones que

6. Hernán Salgado Pesantes, *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ildis, 1987, p. 58.

realiza pueden referirse a los legisladores, se podría utilizar el mecanismo del juicio político con la finalidad de impedir o anular la actividad de control.

En cambio, desde el texto original de la Constitución de 1978-79 los miembros del Banco Central no aparecen incluidos dentro de los sujetos de juicio político, pero ello se debió a que, hasta la cuarta codificación de 1997, la única norma constitucional respecto de ese órgano se refería a su atribución exclusiva de emitir monedas metálicas y billetes con poder liberatorio ilimitado (art. 71). Es en la codificación de 1998 que se regula las funciones y la integración del directorio del Banco Central, cuya designación de miembros corresponde al Congreso Nacional (arts. 130, No. 11, y 261 a 265 CE). Si su exclusión tiene por objeto que no exista injerencia en las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria cuyo establecimiento, control y aplicación le corresponde,⁷ dicha justificación sería contraria al principio de control y de responsabilidad de los funcionarios públicos (art. 120 CE). Es por ello que la misma Constitución prevé que sus miembros pueden ser removidos por la Legislatura, con el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes, a propuesta del Presidente de la República (art. 262, inc. 3, CE). En todo caso, se debe considerar que una remoción no implica una destitución, esto es, no configura la consecuencia jurídica aplicable a quien ha cometido una infracción al orden jurídico, aunque se podría utilizar para este fin, pero, en este evento, se hace presente que la remoción, de modo general, no requiere de un procedimiento previo en el que se pueda ejercer el derecho de defensa, pues basta la voluntad unilateral del ente nominador para proceder a ella.⁸ En estas condiciones sería conveniente incluir a los miembros del Banco Central como sujetos pasivos de juicio político para el establecimiento de infracciones constitucionales y legales, manteniendo la figura de la remoción, en los términos actuales, para los demás casos, es decir, en los eventos en que no se persiga la determinación de responsabilidades.

Órganos jurisdiccionales

En la actualidad constan como sujetos de juicio político los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral. En la codificación constitucional de 1998 se excluyó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura, a quienes se podía enjuiciar políticamente hasta la cuarta codificación constitucional de 1997 (art. 82, letra g). Sobre este últi-

7. A pesar de que en la actualidad se encuentran disminuidas, por no decir anuladas en materia de política monetaria y cambiaria, en virtud de la dolarización.

8. Existen leyes que contemplan a la remoción como una sanción disciplinaria, exigiendo para su aplicación la instauración previa de un procedimiento administrativo (sumario).

mo caso, que generó polémica desde la publicación de la norma constitucional hasta las sesiones parlamentarias de diciembre de 2004 en las que se cesó inconstitucionalmente a la Corte Suprema de Justicia designada en 1997, se llegó al extremo de expedir un fallo por parte del Tribunal Constitucional en 1999 en que se declaraba la inconstitucionalidad del inciso primero del número 9 del artículo 130 de la Constitución.

La finalidad del constituyente de 1998 fue evitar injerencias en la actividad jurisdiccional. Al respecto, hace algunos años se planteó un juicio político contra el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia en virtud de una sentencia, y que resultó en su censura y destitución, en franco atentado a la independencia externa de la Función Judicial. La solución a la eventualidad de estos predicamentos fue excluir a los jueces supremos del enjuiciamiento político, lo que no ocurre en otros sistemas, como por ejemplo en las Constituciones de Bolivia (arts. 62, No. 4, y 66, No. 1), Chile (art. 48, No. 2, letra c), Colombia (art. 174), México (arts. 74, fracción V, 76, frac. VII, y 110) y Perú (art. 99), entre tantos otros que siguen el sistema presidencialista republicano.

En todo caso, se esté o no de acuerdo con la exclusión de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, esa es una decisión adoptada por el constituyente que debe respetarse, como todas. Una polémica sentencia del Tribunal Constitucional, en tanto que esa magistratura no estaba ni está facultada para pronunciarse sobre reformas constitucionales (art. 276, No. 1, CE), declaró la inconstitucionalidad del “acto legislativo” de la Asamblea Nacional contenido en el inciso primero del número 9 del art. 130 de la Constitución, “por medio del cual se pretendió reformar el literal ‘G’, del art. 82 de la Constitución codificada el 16 de enero de 1997”.⁹ Basó su decisión en que se sometía a juicio político a funcionarios no incluidos en el texto propuesto por la Comisión de Constitución y aprobado por la Asamblea (Defensor del Pueblo, Ministro Fiscal General y vocales del Tribunal Constitucional), además de otras violaciones formales al Estatuto Orgánico de Procedimiento de la Asamblea Nacional, que no era norma de rango constitucional, en todo caso. Si bien resulta inexplicable la inclusión en el inc. 1 del num. 9 del art. 130 del texto constitucional del Defensor del Pueblo, Ministros Fiscal General y vocales del Tribunal Constitucional, es inequívoco que la Asamblea excluyó a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y que mal podía volver a regir la letra g del art. 82 de la cuarta codificación constitucional de 1997, que fue expresamente derogada por la disposición final de la vigente codificación constitucional. Si lo inconstitucional era el agregado al que se ha he-

9. Tribunal Constitucional, Resolución No. 024-99-TP adoptada dentro del caso No. 867-98-TC. Esta sentencia se adoptó con el voto salvado del magistrado Marco Morales Tobar.

cho referencia, lo razonable era declarar esa inconstitucionalidad (para lo cual, insisto, el Tribunal Constitucional no estaba facultado) y no la de todo el inciso, menos aun pretender que el texto derogado expresamente recobraba vigencia.

Esta situación se agravó cuando el Congreso Nacional, en resolución de 9 de diciembre de 2004, pretendió “respetar” ese fallo del Tribunal Constitucional, retomando inconstitucionalmente una atribución que no se le otorgaba: la de enjuiciar políticamente a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta resolución, afortunadamente para la vigencia del Estado de Derecho y sus principios, fue dejada sin efecto de manera posterior.

Sobre los magistrados del Tribunal Constitucional se debe considerar que si bien el Congreso Nacional puede ejercer control político respecto de los vocales de esa Magistratura, pues es una de las facultades del órgano legislativo de conformidad con el art. 130, num. 8 y 9, de la Constitución –con la duda y observación ya planteada–, ello debe ser interpretado con la debida correspondencia y armonía respecto de otros preceptos constitucionales que no pueden ser anulados, dejados sin efecto o privados de eficacia normativa (principio de unidad). De este modo, el art. 275, inc. 2, del texto constitucional excluye de responsabilidad a los vocales del Tribunal Constitucional en materia de votos u opiniones formuladas en el ejercicio del cargo, el que se determina en el cumplimiento de las atribuciones que el art. 276 de la Constitución confiere privativamente al Tribunal Constitucional. Los vocales de esa magistratura formulan sus opiniones en las reuniones que se mantienen tanto en las salas como en el Pleno del Tribunal a fin de resolver las causas que conocen. Del mismo modo, los votos que emiten se encuentran formulados dentro de las resoluciones que se dictan en las respectivas causas. Para mayor abundamiento, el art. 3 de la Ley del Control Constitucional señala que el Tribunal Constitucional es independiente de las demás funciones del Estado, razón por la cual ningún órgano del poder público puede intervenir en el ejercicio de las funciones de justicia constitucional que practica esa Magistratura.

En definitiva, si bien los vocales del Tribunal Constitucional no se encuentran exentos de responsabilidad (civil, penal, administrativa e incluso política), pues ello está determinado en el art. 120, inc. 1, de la Constitución, ello no quiere decir que el Congreso Nacional pueda ejercer su potestad fiscalizadora respecto de asuntos que son de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, como es el caso de una resolución dictada dentro de una acción constitucional, pues ello vulnera la independencia jurisdiccional de esa magistratura y el principio de separación de funciones. Hago presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia sobre el caso Tribunal vs. Perú, declaró violado el art. 23.1.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando el Congreso de la República del Perú cesó

en sus funciones a los magistrados del Tribunal Constitucional de ese país.¹⁰

Hago presente que, si bien concuerdo con la exclusión de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia respecto del juicio político, toda vez que ese mecanismo podría ser utilizado, como en efecto lo ha sido, para intervenir de forma indirecta en decisiones judiciales, violando la independencia externa de la Función Judicial¹¹ (art. 199, inc. 1, CE). Por la misma razón sostengo que los vocales del Tribunal Constitucional no deben ser sometidos a la facultad fiscalizadora, mas no encuentro justificación para que los vocales del Consejo Nacional de la Judicatura se encuentren excluidos del control político, toda vez que no ejercen facultades jurisdiccionales (art. 206 CE), sino que, como lo señala Santiago Andrade Ubidia, “le corresponde la función auxiliar y de apoyo de administrar los recursos humanos y materiales con que cuenta la Función Judicial, para el cumplimiento de su alta misión”.¹²

OPORTUNIDAD

El Congreso Nacional puede proceder al enjuiciamiento político de los funcionarios antes señalados, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas (art. 130, No. 9, inc. 1, CE). El enjuiciamiento durante el ejercicio de funciones es necesario para hacer efectivo el principio de responsabilidad, además de ser absolutamente razonable con la consecuencia jurídica de una eventual censura: la inmediata destitución del funcionario (art. 130, No. 9, inc. 4, CE).

Ello no ocurre en el caso de juicios políticos que se inician y/o concluyen luego de la cesación del enjuiciado, puesto que si éste ya no se encuentra en funciones ninguna consecuencia jurídica resultará de la censura, ya que no puede operar la destitución de un cesado, vacío que, en similares términos, también lo hace presente Marco Morales Tobar. Antiguamente la censura no solo conllevaba la destitución sino que, además, el afectado era objeto de inhabilitación para ocupar cargos públicos durante el mismo período, la que en todo caso, no podía ser inferior a un año, tal como se estableció hasta la cuarta codificación constitucional de 1997 (art. 82, letra g, inc.

10. El art. 23.1.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

11. Cfr. Santiago Andrade Ubidia, “La Constitución Política y la administración de justicia”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 239. Del mismo modo, *vid.*, Santiago Andrade Ubidia, “Independencia judicial y Estado de Derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, 2003, pp. 281-312.

12. Santiago Andrade Ubidia, “La Constitución Política y la administración de justicia”, p. 254.

1), por lo que la censura sí tenía efecto para estos casos. Por otra parte, en la actualidad el enjuiciamiento político de un funcionario que ya cesó en sus funciones podría tener su utilidad en cuanto la Constitución dispone que: “Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente”, pero se debe tener presente que el juicio político no es *conditio sine qua non* para iniciar un proceso penal, es decir, este último se puede instaurar sin necesidad de una censura previa.¹³

Ahora bien, el enjuiciamiento político se debe basar en la imputación de infracciones cometidas por el funcionario en el ejercicio del cargo específico, y no de otras que son ajenas a las funciones o que se cometieron cuando se ejercía otro distinto.¹⁴ En este aspecto, se echa de menos la claridad con la que esta situación se plantea, por ejemplo, en la Constitución colombiana, que señala que la acusación se puede realizar aunque se hubiese cesado en el ejercicio del cargo, en este caso solo se realiza el juicio “por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño del mismo” (art. 174).

CAUSALES

La Constitución distingue las causales por las que se puede iniciar un juicio político contra el Presidente y Vicepresidente de la República, limitándolas, respecto de los demás funcionarios sujetos a esta clase de procesos (cfr. art. 97 LOFL).¹⁵

Presidente y Vicepresidente de la República

De conformidad con el inc. 2 del num. 9 del art. 130 de la Constitución, “El Presidente y Vicepresidente de la República solo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito”. Ello, en principio, implica un perfeccionamiento de las causales previstas con anterioridad, hasta la cuarta codificación

13. Distinto es el caso de la inmunidad de forma del Presidente y del Vicepresidente de la República (art. 130, No. 10, CE) y de los diputados (art. 137, inc. 2, CE), en los que se requiere de autorización legislativa para enjuiciar penalmente a estos dignatarios.

14. Por el contrario, hace algunos años se censuró y destituyó del cargo al entonces Defensor del Pueblo por infracciones legales que habría cometido en el desempeño de un cargo que había ejercido con anterioridad (el de Procurador General del Estado). Para agravar la situación, este funcionario había dejado de ser Procurador General del Estado más de un año antes de iniciar el juicio político, por lo que la posibilidad de ejercer el control político sobre esos hechos había caducado.

15. Ello no ocurría en el texto original de la Constitución de 1978-79, en el que al Primer y Segundo Mandatarios se los podía enjuiciar políticamente, al igual que al resto de funcionarios, “por infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 59, letra f).

constitucional de 1997, en la que el primer y segundo mandatarios solo podían ser sometidos a juicio político por traición a la patria, cohecho o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional (art. 82, letra g, inc. 3).

Como se observa, las causales para iniciar el enjuiciamiento del primer y segundo mandatarios son delitos penales. Así, se podría argumentar que, al tratarse de infracciones, se debería aplicar el principio de presunción de inocencia que solo se desvanece con la declaratoria de culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada (art. 24, No. 7, CE). Para evitar el eventual argumento de prejudicialidad que al efecto se podría plantear, esto es, que para iniciar el enjuiciamiento político se debe realizar un proceso penal previo en el que se declare la responsabilidad de estos funcionarios, el constituyente expresamente señaló que “No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso” (art. 130, No. 9, inc. 2, CE). En todo caso, hago presente que el enjuiciamiento penal previo no solo no es necesario por la citada disposición expresa sino que, incluso sin ese precepto, ello sería así, en virtud del principio de unidad de la Constitución, es decir, que no se pueden interpretar las normas constitucionales en contra de sus propias disposiciones: los delitos de concusión, peculado, cohecho y enriquecimiento ilícito se sancionan penalmente con penas privativas de libertad; si estos dignatarios fuesen sancionados con estas penas, sus derechos políticos se verían suspendidos (art. 28, num. 2, CE) impidiéndoles desempeñar la función pública (art. 26 CE), lo que tornaría al juicio político en inútil, pues una eventual censura no tendría efectos al no poderse destituir a una persona impedida de ejercer el cargo. Para mayor abundamiento, la Constitución no solo que no requiere de una decisión judicial previa para iniciar el enjuiciamiento político, sino que, a la inversa, exige la autorización legislativa para procesar penalmente al Presidente y Vicepresidente de la República (art. 130, num. 10, CE).

La razón para limitar la responsabilidad política del Presidente de la República a la comisión de infracciones graves tiene su origen, según Hernán Salgado, en que su autoridad proviene del sufragio popular y que es la cabeza del Ejecutivo, lo que no ocurre en los sistemas parlamentarios. En caso contrario, el Legislativo invocando cualquier causa podría destituir al Presidente de la República, provocándose trastorno por la acefalía y afectar “la voluntad soberana del pueblo que lo eligió como su mandatario”.¹⁶

16. Hernán Salgado Pesantes, “Teoría y práctica del control político”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, 2003, pp. 261-262.

Delitos contra la seguridad del Estado

Con anterioridad, la Constitución preveía como causal de juicio político para estos dos dignatarios la traición a la patria. El problema que conllevaba esta causal es que el Código Penal no tipifica como delito la traición a la patria, aunque sí establece, en la última disposición contenida respecto de los delitos que comprometen la seguridad exterior de la República, que “en toda sentencia condenatoria por traición a la patria, se impondrá la obligación de resarcir a la nación los daños y perjuicios ocasionados con la perpetración del delito que se reprima”, además de conllevar la pérdida de la nacionalidad ecuatoriana (art. 122 CP). En este sentido, si bien se podía asumir que los delitos tipificados en este capítulo (arts. 115 a 121 CP) eran los que configuraban la traición a la patria (lo que se podía discutir), no se incluyen los delitos que comprometen la paz y dignidad del Estado, los delitos contra la seguridad interior del Estado y los delitos de sabotaje y terrorismo que actualmente pueden motivar un juicio político al contenerse todos en el Título I del Libro segundo del Código Penal, de los delitos contra la seguridad del Estado.

Delitos contra la administración pública

En virtud de la reforma constitucional de 1998, existe una ampliación de los delitos contra la administración pública que motivan el enjuiciamiento político del Presidente y Vicepresidente de la República, pues hasta la cuarta codificación se establecía solo el de cohecho, delito al que en la actualidad se suman los de concusión, peculado y enriquecimiento ilícito.

El cohecho, de modo general, es el delito que cometen los servidores y funcionarios públicos al aceptar ofertas o promesas, o recibir dones o presentes para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, o bien para realizar un acto manifiestamente injusto ora para abstenerse de ejecutar un acto de su obligación (arts. 285 y 286 CP). La concusión, en cambio, la comete el funcionario o servidor que manda percibir, exige o recibe lo que sabe que no es debido “por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones” (art. 264 CP). El peculado se tipifica en el art. 257 del Código Penal, aunque no lo denomina así en su texto,¹⁷ y consiste en el abuso de dineros públicos o privados o, en ge-

17. Esta denominación aparece también, v. gr., en los arts. 2398, número 4, del Código Civil, 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 10 y 50, letra c, de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, además de la doctrina y algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia al referirse al delito tipificado y sancionado en el art. 257 del Código Penal.

neral, de bienes que la persona tiene en razón de su cargo, sea desfalcándolos o disponiendo arbitrariamente de ellos.

El enriquecimiento ilícito se presenta en el caso del “incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos” (art. innumerado agregado luego del art. 296 CP). De este modo, la Constitución exige que los funcionarios públicos, tanto los de libre nombramiento y remoción como los de período fijo, y en general los que manejan recursos o bienes públicos, y los dignatarios de elección popular, para posesionarse en sus cargos deben presentar su declaración patrimonial juramentada, que incluya activos y pasivos, y la autorización para que se levante el sigilo de sus cuentas bancarias. Al dejar el cargo, estos funcionarios deben presentar una nueva declaración patrimonial, con la finalidad de que la Contraloría General del Estado examine el contenido de ambas, comparándolas, y, de ser necesario, investigue los casos en que se presume enriquecimiento ilícito. El Código Político determina que la falta de presentación de la declaración al término de las funciones hace presumir el enriquecimiento ilícito (art. 122 CE).

Como se observa, el constituyente estableció como causales de juicio político la comisión de delitos que ha estimado tan graves que, incluso, determinó el carácter imprescriptible de las acciones y penas correspondientes a esta clase de infracciones, instituyendo, además, que los juicios por estos hechos pueden iniciarse y continuar aun en ausencia de los acusados (art. 121, inc. 2, CE).

Sobre el atentado grave al honor nacional

Esta causal, como se dijo, estaba prevista hasta la cuarta codificación constitucional de 1997 bajo la fórmula de “cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional”. Algunas posiciones señalaban que esta causal era inaplicable, al no existir ley de desarrollo, esto es, norma alguna que determine lo que debía entenderse como una infracción de esta naturaleza. Ciertamente es que se puede dar el fenómeno de invocar causales dándole un contenido que va más allá de su alcance, pero la eventualidad de una interpretación extralimitada, creo, no debía ser motivo para eliminar este fundamento o razón de enjuiciamiento político.

Para el efecto estimo que se debe considerar la calidad de los cargos, especialmente el de Presidente de la República, que, por la naturaleza de sus funciones en calidad de Jefe de Estado representa a la nación en el concierto de la comunidad internacional. No se puede tolerar, por tanto, que el Primer Mandatario, que no es un simple ciudadano al ostentar esa dignidad, cometa hechos que comprometan el honor nacional y el prestigio del Estado. De este modo, constituciones como la chilena (art.

48, No. 2, letra a) establecen como base de una acusación constitucional contra el Presidente de la República los actos que comprometen gravemente el honor de la nación.

El abandono del cargo

Actualmente, el abandono del cargo es una causal de cesación del Presidente de la República (art. 167, No. 6, CE), por lo que no se requiere de juicio político ni de quórum calificado para determinar su cumplimiento. Lo dicho se debe a que las causales de cesación implican, de modo general, la presentación de hechos objetivos que no requieren de un procedimiento previo en el que el afectado deba hacer efectivo su derecho de defensa para determinarlos (art. 24, No. 10, CE), como son los casos de terminación del período, muerte, renuncia o incapacidad física o mental, eventos en los que no se persigue el establecimiento de la responsabilidad política del dignatario.

En el caso del abandono, estimo, la situación es distinta, pues, como lo explica Mónica Heredia Proaño, éste consiste en el “desprendimiento voluntario, injustificado, inoportuno y definitivo del mandato”.¹⁸ En el texto original de la Constitución de 1978-79 y en su primera codificación de 1983 (art. 77, en ambos textos) se señalaba que el Presidente de la República no podía ausentarse del país sin autorización legislativa, ni permanecer fuera de Quito por más de treinta días consecutivos, pues, en caso contrario, se configuraba el abandono del cargo. Esta disposición no consta a partir de la segunda codificación constitucional de 1993, por lo que se ha llegado a señalar que se trata de una norma constitucional en blanco. Más allá de discutir si el abandono del cargo, tal como lo establece la Constitución, es una norma en blanco o no,¹⁹ este hecho no es un asunto que puede determinarse objetivamente –como la muerte, la renuncia, la terminación del período e incluso la incapacidad física o mental–, por lo que debería existir un procedimiento previo a través del cual se determine el cumplimiento de la causal, lo que se debería establecer por medio de un juicio político, como se prevé en las constituciones de Argentina y Paraguay.²⁰

Para el efecto, hay que tener presente que para que los actos sean regulares se deben fundamentar no solo materialmente sino, también, formalmente, en la norma su-

18. Mónica Heredia Proaño, “Causales de vacancia definitiva de la Presidencia de la República”, tesis doctoral, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2001, p. 89. En esta tesis la autora desarrolla de manera completa y sistemática la configuración de la causal de abandono, acudiendo para ello a la historia constitucional ecuatoriana y al derecho comparado.

19. Aunque existen disposiciones constitucionales que le pueden dar contenido, como es el caso que el Presidente de la República no informe al Congreso Nacional su decisión de salir del país y lo haga (art. 170 CE), o que no solicite licencia debiendo hacerlo (art. 169, inc. 2, CE).

20. Cfr. Mónica Heredia Proaño, “Causales de vacancia definitiva de la Presidencia de la República”, p. 100.

perior de la que derivan. El elemento formal se entiende o bien como modo de producción de una decisión o bien haciendo referencia a su exteriorización y los medios que la acompañan,²¹ es decir, a la forma de manifestar la voluntad del órgano y a su notificación. La regulación jurídica de la forma de manifestación de la voluntad pública pretende, en definitiva, asegurar el debido proceso en la formación de una decisión o de un acto de autoridad, esencialmente para prevenir que al destinatario no se le afecte con un acto que no le ha garantizado o permitido ejercer oposición alguna. Del mismo modo, fundamental resulta la notificación con el contenido del acto al afectado, pues, de lo contrario, no podrá conocerlo y, por ende, no podrá oponerse a éste ni a sus consecuencias.

El respeto de los procedimientos en la emanación regular de un acto no solo implica un mero cumplimiento de formalidades impuestas por el legislador. La formalidad y su cumplimiento es una de las formas de garantizar los derechos de las personas, pues de tal guisa éste podrá oponerse o defenderse de una decisión que lo afecta. Esa es la razón fundamental por la que, si se señala que el Presidente o el Vicepresidente de la República han abandonado su cargo, debería declarársele luego de haber realizado el respectivo procedimiento, que no puede ser otro que el juicio político, a través del cual se determine su responsabilidad política (art. 24, No. 1 y 10, CE),²² lo que, actualmente, no ocurre, por disposición del mismo Código Político.

Los demás funcionarios

A diferencia del Presidente y Vicepresidente de la República, los demás funcionarios pueden ser “enjuiciados políticamente por infracciones constitucionales o legales, cometidas en el desempeño del cargo” (art. 130, No. 9, inc. 3). El uso de la fórmula “infracción” no implica que se restrinja el enjuiciamiento político a conductas que se encuentren tipificadas así penalmente, aunque no lo excluye, sino que se refiere a la contravención de disposiciones normativas contenidas tanto en la Constitución como en la ley. Por otra parte, la infracción que motiva el enjuiciamiento político se debe haber presentado con ocasión del ejercicio del cargo, esto es, debe haber una vinculación directa entre el hecho u omisión y las facultades, potestades, competencia y atribuciones del funcionario. De este modo, no se configura la causal de juicio político cuando el hecho cometido por la persona en contravención al ordenamiento jurídico no haya sido realizado en condición de funcionario. Asimismo, se debe reiterar el señalamiento relativo a que el enjuiciamiento se debe motivar en las ac-

21. Cfr. Vicente Escuin Palop, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed., p. 108.

22. Lo mismo se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.1).

tuaciones del funcionario ocurridas en el ejercicio del cargo y no con anterioridad, esto es, relacionadas con puestos públicos pretéritos.

Estimo que la Legislatura, a través del ejercicio de su facultad fiscalizadora, no debe analizar las actuaciones que estime desacertadas por parte de estos funcionarios, como ocurrió con el *voto de desconfianza* establecido en la Constitución de 1929, sino que juzgue políticamente el irrespeto a la juridicidad que se genere en virtud del ejercicio del cargo, asunto que, en similar sentido, sostiene Juan Larrea Holguín.²³

PROCEDIMIENTO

A pesar de que el Congreso Nacional ecuatoriano es unicameral, la Ley Orgánica de la Función Legislativa determina dos fases para el enjuiciamiento político: acusación y moción de censura, que sería el juicio propiamente dicho. En congresos bicamerales la división de las dos fases es clara: la cámara baja –de diputados o de representantes– tramita la fase de acusación, declarando si hay o no lugar a ésta; en el caso que la cámara de diputados apruebe la acusación, ésta es conocida y resuelta por el Senado, órgano que declara si existe la infracción que motivó el procedimiento, pronunciamiento que, de modo general, genera la destitución del funcionario.²⁴ En nuestro caso, el mismo órgano que tramita la acusación resuelve la moción de censura, decisión que es adoptada con el concurso de los diputados acusadores quienes también pueden pronunciarse sobre la censura.

Acusación

El enjuiciamiento político, como se revisó, debe ser solicitado, por lo menos, por un número de diputados que representen la cuarta parte del total de legisladores.

La acusación se formula por escrito ante el Presidente del Congreso Nacional, señalándose los cargos que se atribuyen al funcionario. Si bien la solicitud de enjuiciamiento político debe realizarse por el número de diputados que se señaló, la acusación puede ser propuesta en calidad de interpelante solo por un diputado por bloque legislativo. De este modo, contra un mismo funcionario puede existir más de una acusación presentada por separado por diversos diputados, ocurriendo que en cada una de las acusaciones deben concurrir el número de congresistas solicitantes reque-

23. Cfr. Juan Larrea Holguín, *Derecho Constitucional*, vol. II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, 6a. ed., pp. 113-114.

24. V. gr. *Constitución Política de Colombia*, art. 174; *Constitución Política de Chile*, arts. 48, No. 2, y 49, No. 1; *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 110, inc. 3.

rido. Él o los legisladores pueden adjuntar a su acusación todas las pruebas que estimen pertinentes, sin perjuicio de solicitar o aportar otras durante el proceso de acusación (art. 87 LOFL).

Recibida la acusación ésta es remitida por el Presidente de la Legislatura, dentro del término de tres días, a la Comisión de Fiscalización y Control Político del Congreso Nacional la que, a través de su presidente, corre traslado con la acusación al respectivo funcionario (art. 88 LOFL). La Comisión de Fiscalización cuenta con un término de cinco días para efectuar el trámite correspondiente, dentro del cual el funcionario acusado ejerce su defensa ante este órgano, en forma oral o escrita, y, de la misma forma, pueden intervenir los acusadores. A la Comisión se le puede solicitar la concesión de un término adicional de cinco días para actuar pruebas. Vencido este término, en cinco días improrrogables, la Comisión debe remitir el expediente conteniendo todas las actuaciones al Presidente del Congreso Nacional (arts. 89 y 90 LOFL).

Para el caso del Presidente y Vicepresidente de la República, la Ley Orgánica de la Función Legislativa ha previsto ciertas normas especiales respecto de la tramitación del juicio político. Así, la acusación debe contener las firmas de los legisladores que la respaldan, que debe ser el número establecido en la Constitución (por lo menos la cuarta parte del total de legisladores), y que deben encontrarse reconocidas judicial o notarialmente (art. 98 LOFL). La acusación presentada ante el Presidente del Congreso Nacional no es remitida a la Comisión de Fiscalización y Control Político, como ocurre en la generalidad de casos, sino que la Legislatura debe conformar la denominada comisión especialísima de juicio político integrada por un diputado designado por cada uno de los bloques representados en el Congreso.²⁵ Esta comisión debe emitir un informe sobre la admisibilidad de la acusación, dentro del término de cinco días. Sobre el o los informes presentados, el Congreso Nacional se pronuncia respecto de la admisibilidad de la acusación formulada, con la mayoría absoluta de sus miembros. De ser admitida a trámite, la comisión especialísima debe proceder conforme a lo señalado en el párrafo anterior, esto es, correr traslado con el contenido de la acusación al primer o segundo mandatario, según corresponda, y continuar con el procedimiento respectivo. A diferencia de la generalidad de funcionarios sometidos a juicio político, el Presidente y el Vicepresidente de la República pueden actuar por interpuesta persona a través de uno o más delegados o procuradores. En

25. Se puede discutir la constitucionalidad de esta comisión especialísima, toda vez que el Código Político prohíbe la conformación de comisiones ocasionales (art. 134 CE), pero se debe tener presente que ésta se encuentra establecida en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, como lo exige la misma Constitución, sin que quede al arbitrio del legislador conformarla o no, pues ya se encuentra creada legalmente para estos casos.

caso de inadmisión, la causa se archiva sin que se pueda proponer un nuevo enjuiciamiento por los mismos hechos (arts. 99 y 101 LOFL).

Recibido el expediente remitido por la Comisión de Fiscalización o por la comisión especialísima, de ser el caso, los acusadores cuentan con cinco días para mocionar la censura del funcionario a través de la presidencia de la Legislatura; si no se plantea la moción de censura en el plazo señalado, se da por concluido el enjuiciamiento político (art. 91 LOFL). Se hace presente que la moción de censura debe ser plantada por los mismos acusadores y con los mismos diputados que solicitaron el enjuiciamiento político, por lo que es preferible que la solicitud de juicio sea formulada por un número mayor de legisladores que los exigidos por la Constitución, para así evitar el predicamento de que, por disensiones producidas a la hora de mocionar la censura, no se cuente con el número de congresistas requerido para aquello, impidiendo la continuación del trámite. En el caso del primer y segundo mandatarios se exige que las firmas de respaldo se encuentren reconocidas judicial o notarialmente (art. 100 LOFL).

Moción de censura

La fase de moción de censura, o de juicio propiamente dicha, se inicia con el señalamiento, por parte del presidente del Congreso Nacional, de la fecha y hora en la que dará comienzo la sesión en la que se va a debatir el asunto y se va a tomar la decisión correspondiente. La fecha que se fije para la sesión correspondiente debe encontrarse entre los cinco y los diez días de aquella en que se planteó la moción de censura. Si el Congreso Nacional se encuentra en receso se debe convocar a período extraordinario de sesiones (art. 92 LOFL).²⁶

En la fecha y hora señaladas el funcionario enjuiciado debe comparecer personalmente ante el Congreso Nacional a ejercer su derecho de defensa, presentando sus alegaciones por lapso máximo de ocho horas respecto de las infracciones que se le imputan (art. 94, inc. 1, LOFL), salvo el caso del Presidente y Vicepresidente de la República que, como se dijo, pueden actuar a través de delegados (art. 101 LOFL). Posteriormente, los acusadores que mocionaron la censura deben fundamentar las acusaciones hasta por dos horas cada uno, procediendo luego la réplica del acusado

26. Se hace presente que las fechas de convocatoria previstas en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, esto es, convocar a período extraordinario en un plazo no mayor a treinta días, pudiendo prorrogarse por sesenta días adicionales (arts. 92, inc. 2, y 93 LOFL), son inaplicables en la actualidad, visto que, según la Constitución, el Congreso Nacional ejerce sus atribuciones durante todo el año con dos recesos de un mes cada uno, a diferencia de la norma constitucional anterior que previó una actividad legislativa de dos meses, luego de lo cual la Legislatura entraba en receso.

hasta por cuatro horas (art. 94, incs. 2 y 3, LOFL). En el caso del enjuiciamiento al primer y segundo mandatarios, los legisladores que mocionaron la censura deben designar a tres diputados para que sostengan los cargos (art. 102 LOFL).

Concluidos estos pasos, el funcionario acusado se puede retirar y el presidente del Congreso Nacional declara abierto el debate, al que pueden inscribirse todos los congresistas para exponer sus razonamientos hasta por veinte minutos, luego de lo cual el debate se cierra y se procede a tomar votación nominal (art. 94, incs. 4 y 5, LOFL). La votación nominal es aquella en la que el legislador expresa su voto en forma verbal, pudiendo razonarlo hasta por diez minutos, siempre que no hubiera intervenido en el debate (art. 70 RIFL).

La toma de la decisión y efectos de la censura

La censura de la generalidad de funcionarios debe adoptarse por mayoría absoluta, es decir, por la mitad más uno del total del legisladores (arts. 130, No. 9, inc. 3 CE y 95 LOFL). En el caso del Presidente y del Vicepresidente de la República la censura debe resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso (arts. 130, No. 9, inc. 2, CE y 103 LOFL).

La censura tiene por efecto la destitución inmediata del funcionario, a excepción de los ministros cuya permanencia en el cargo, a pesar de la censura, puede ser decidida por el Presidente de la República, aunque, como se dijo, ya no conlleva la inhabilitación para ejercer cargos públicos (arts. 130, No. 9, inc. 4, CE). La norma de excepción relativa a los ministros de Estado es una de las modificaciones que se introdujeron en la Constitución en la reforma de 1998, como una forma de prevenir excesos de la Legislatura que, en tiempos pasados, ejercía su facultad fiscalizadora a plenitud y, muchas veces, impidiendo la consolidación del gabinete. Si bien lo señalado es históricamente comprobable,²⁷ ello, estimo, no debió conducir al constituyente a eliminar prácticamente los efectos de la censura de un ministro. Los excesos no se debían a la consecuencia de la censura sino al procedimiento de juicio político en el que, en muchos casos, su resultado se puede determinar aun antes de tomarse votación. No es admisible, estimo, que los diputados acusadores juzguen al funcionario votando por su censura; es por ello que, si se mantiene la unicameralidad del Congreso Nacional, es conveniente excluirlos de la toma de la decisión.

Por otra parte, si de la censura se derivan indicios de responsabilidad penal del funcionario, el asunto debe pasar a conocimiento de los jueces competentes (arts.

27. Así, se señala que, con anterioridad, el promedio de duración en el cargo de un ministro de Energía y Minas era de seis meses, generalmente afectados por la censura.

130, No. 9, inc. 5, 96 y 104 LOFL). Como se dijo, no toda infracción constitucional o legal implica la comisión de un delito penal, por lo que esa consecuencia jurídica se verificará solo en este último evento; en cambio, en el caso del Presidente y Vicepresidente de la República esa situación debe producirse siempre, toda vez que si el enjuiciamiento político de estos dignatarios se motiva exclusivamente en la comisión de delitos de cohecho, concusión, peculado o enriquecimiento ilícito, y, si por ello se determina su responsabilidad política en virtud de la censura, se debe poner el funcionario a disposición del juez competente (cfr. art. 104, inc. 1, LOFL).

COLOFÓN

Estimo que el juicio político en el Ecuador tiene mucho de *político* y muy poco de *juicio*. Lo primero no solo que es entendible sino adecuado: la Legislatura no reemplaza a los órganos jurisdiccionales encargados de sustanciar y determinar la responsabilidad de las personas, sean estos funcionarios públicos o no, en los órdenes penal, civil, fiscal, laboral o de cualquier otro carácter, lo que, además, corresponde a una garantía judicial o del debido proceso.

Digo, y critico, que en el ejercicio de su facultad fiscalizadora el Congreso Nacional se aparta en mucho de aplicar las reglas del debido proceso, las que deberían ser observadas en razón de que el funcionario sometido puede, eventualmente, ser sujeto de responsabilidad política. Así, el Congreso Nacional dista mucho de ser un órgano imparcial, pues sus miembros no solo que no están jurídicamente obligados a actuar como reales *juzgadores*,²⁸ sino que incluso estarían compelidos a votar en contra de su convicción personal en esta clase de casos si el partido o movimiento al que pertenecen resuelve declarar como trascendental una resolución de forma previa. El desacato a esa resolución podría resultar en la expulsión del congresista, conllevando, además, su pérdida de la calidad de diputado, de conformidad con la letra b del art. 23 del Código de Ética de la Legislatura, en concordancia con el art. 136 de la Constitución. De ahí que en nuestro caso, salvo honrosas excepciones, los diputados votan de conformidad con su bancada parlamentaria. Más grave aún, qué imparcialidad puede demostrar, a la hora de votar a favor o en contra de la censura, un diputado que formula la acusación, tornándose en juez y parte.

28. En este sentido, el art. 49, número 1, inciso segundo, de la Constitución chilena señala que el Senado, en el conocimiento de las acusaciones formuladas por la Cámara de Diputados, “resolverá como jurado”. De este modo, en el año 1996, se pudo ver como en la Cámara Alta del Congreso chileno, dentro de la acusación constitucional formulada contra el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Servando Jordán, los senadores votaban según su convicción, de manera indistinta a su bancada parlamentaria.

Lo señalado, naturalmente, incide en que difícilmente se observen reglas tales como la de presunción de inocencia,²⁹ la de adecuada valoración de la prueba, la motivación de la decisión, etc. En todo caso, estimo que tampoco se pueden pedir asuntos que resultan de por sí imposibles de incumplir como es la doble instancia, más aún si el órgano fiscalizador es unicameral.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán Gómez, Ernesto, *Un tema crítico: relaciones entre Ejecutivo y Congreso*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997.
- Andrade Ubidia, Santiago, “Independencia judicial y Estado de Derecho”, en *Temas de Derecho Constitucional*, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional / Ediciones Legales, 2003.
- Andrade Ubidia, Santiago, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Escuin Palop, Vicente, *Elementos de Derecho Público*, Madrid, Tecnos, 1999, 2a. ed.
- Heredia Proaño, Mónica, “Causales de vacancia definitiva de la Presidencia de la República”, tesis doctoral Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2001.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Constitucional*, vol. II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000, 6a. ed.
- Morales Tobar, Marco, “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en Luis López Guerra, coord., *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Quito, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Tribunal Constitucional / Corporación Editora Nacional, 2002.
- Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho constitucional*, tomo II, Quito, Fondo Editorial Andrade & Asociados, 2005.
- Salgado Pesantes, Hernán, *Instituciones políticas y Constitución del Ecuador*, Quito, Ildis, 1987.
- “Teoría y práctica del control político”, en *Temas de Derecho constitucional*, Quito, Academia Ecuatoriana de Derecho Constitucional / Ediciones Legales, 2003.

29. Cuántas veces se ha conocido con anticipación a la misma comparecencia al Congreso del funcionario sometido a juicio político el resultado del proceso, sea por la cesura o la absolución, solo calculando el número de diputados con que cuenta cada bancada parlamentaria, en razón de que, en forma previa, ya han manifestado su intención de voto.



El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas

Perspectivas del problema

*Diego Andrés Parra**

Este trabajo aborda la inconstitucionalidad por omisión como un fenómeno del constitucionalismo actual, al cual se trata de encontrar un camino de solución, tanto en el campo teórico, como normativo-práctico.

Se trata de contestar una serie de preguntas, entre ellas, si esta trasgresión puede o no ser recurrida ante un órgano de jurisdicción y control constitucional, si es posible un control sin que se violen otros principios constitucionales como la separación de poderes o el ejercicio estricto de las competencias constitucionales. El tema es evidentemente complejo, por lo que el trabajo se limita a realizar un bosquejo de algunas consideraciones que sientan las bases para la discusión, por lo que se analiza tanto los fundamentos de tesis contrapuestas, como las diversas soluciones esgrimidas dentro de la doctrina y la práctica, todo esto, tratando de adaptarlo a nuestra realidad jurídico constitucional.

FORO

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS DEL CONTROL

La Constitución constituye un todo que no solo configura y ordena la estructura política de un Estado, estableciendo límites al ejercicio del poder, sino que también establece un ámbito de derechos y libertades fundamentales, así como también los objetivos positivos y las obligaciones que el poder constituido debe cumplir en beneficio de la comunidad. Todas estas singularidades aseguran de alguna forma la superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante, superioridad que no solamente es formal sino material, asegurando de esta mane-

* Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca, Máster en Derecho (c), mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ra una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento. Esta característica especial nace no solo por el hecho de ser la Constitución la norma fundamental y suprema, sino del hecho de que ella se configura como un sistema de fuentes formales que el poder constituyente ha instituido para ser aplicada por todos los operadores jurídicos.

En este sentido la supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político, estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, tanto a los poderes públicos como a los administrados, es la garantía para el equilibrio del ejercicio del poder político del Estado, así como también el resguardo y protección de los derechos fundamentales de las personas. “La Supremacía constitucional en sentido material resulta del hecho de que la Constitución organiza las competencias de los órganos del poder público, por lo que es superior a los individuos que están investidos de estas competencias, es decir, los gobernantes”.¹ De esta forma la supremacía material de la Constitución asegura a todas las personas un refuerzo de la legalidad, ya que no solo las leyes contrarias a la norma suprema serán inconstitucionales, sino también todo acto u omisión contrario a ella. Es justamente en resguardo del Estado constitucional y social de derecho en general, y del principio de supremacía en particular, que se ha establecido el sistema de control constitucional.

El ejercicio de la Jurisdicción Constitucional tiene la misión de afirmar la integridad y primacía de la Constitución, asegurando que efectivamente todos los poderes públicos, así como sus autoridades y funcionarios, sujeten sus actuaciones a las normas, valores y principios de aquella, de modo de que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional; así mismo ejerce la función de resguardar y proteger los derechos fundamentales y garantías constitucionales, garantizando la efectividad de su ejercicio y su oponibilidad frente a todos los órganos del poder público. Por consiguiente la idea de control constitucional nos trae inmediatamente la idea del ejercicio de Jurisdicción,² en razón de que “...si se le dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada jurisdiccionalmente...”,³ en nuestro caso, esa jurisdicción es ejercida por medio del Tribunal Constitucional el cual está sometido al imperio de la Consti-

1. José Antonio Rivera, “El amparo constitucional contra sentencias judiciales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003, p. 213.

2. En sentido lato es entendida como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

3. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 176.

tución para su defensa, garantizando la vigencia de un Estado constitucional y social de Derecho.⁴

Vale recordar que Salvador Nava Gomar manifiesta que “Las instituciones que salvaguardan tanto la idea de democracia como la de Constitución, comenzando por el mandato del poder constituyente, configuran los llamados medios de defensa constitucional...” y que, dada su importancia, “...es menester, ultra vires, proteger su texto, eficacia y vigencia, pues de ello dependen la observancia y vigencia del resto del ordenamiento. Los medios de defensa constitucional son entonces la manera que prevé la propia Constitución para mantenerse incólume”.⁵ De esta forma podemos ya encontrar en la doctrina tanto medios de defensa internos, que protegen el texto y la eficacia constitucional de cualquier intromisión, como por ejemplo aquellos preceptos constitucionales que versan sobre la supremacía, vigencia, reforma e interpretación de la norma constitucional, como también medios de defensa externos que hacen valer la fuerza normativa de la Constitución para imponer el contenido esencial de los derechos que la conforman, como, por ejemplo, los recursos procedimentales y mecanismos jurídicos que imponen el contenido constitucional ante la autoridad que lo transgredió.

Podemos concluir diciendo que la más importante institución para la salvaguarda de la Constitución en su acepción fundamental es, definitivamente, la Justicia Constitucional, de ésta forma se asegura la democracia y la libertad individual.

LAS SITUACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD CREADAS POR EL LEGISLADOR

Las situaciones que contrarían el valor normativo y la supremacía de la Constitución pueden ser de muy variada índole, y generadas por diversos actores jurídicos, tanto autoridades públicas como por particulares, en el presente caso nos referiremos exclusivamente a aquellas situaciones de inconstitucionalidad creadas por el legislador como representación del poder constituido y que se manifiestan en una inobservancia al poder constituyente.⁶ Materialmente el Poder Constituyente es el pueblo,

4. Gerardo Eto Cruz entiende por jurisdicción constitucional “...todo proceso que tiene como fin directo garantizar la observancia de la Constitución”. Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 809.

5. Salvador Nava Gomar, “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003, p. 27.

6. Para poder hablar de Estado constitucional es menester contar con una Constitución democrática. Para lograrlo hay que satisfacer tres condiciones: que la Constitución provenga de un constituyente democrático y legítimo;

puesto que es él quien ejerce su soberanía para regirse por sus propias normas, por eso las cualidades materiales del constituyente se configuran por su carácter de soberano, originario, ilimitado y prejurídico.⁷ En términos formales el Poder Constituyente es el órgano colegiado, deliberante, que reúne la suma de individuos que realizan la función legislativa primaria a base de la representación de todas las ideologías y segmentos de la sociedad,⁸ por ello el poder constituyente sienta las bases a partir de las cuales se creará y desarrollará el resto del derecho. Estas mismas bases forman parte del ordenamiento jurídico, por lo que el derecho tiene la capacidad para crearse y recrearse a sí mismo, es decir, para ser fuente y derecho a la vez. De ahí que la Constitución configura la frontera del resto del ordenamiento y las actuaciones de las autoridades que desempeñarán las tareas que se desprenden de su propio texto.

En este sentido, las formas de inobservancia al poder constituyente se manifiestan con mayor gravedad precisamente en el ejercicio indebido de la creación del derecho, es decir, de la función normativa del Estado, que se reconoce como una actividad propia del legislador que debe manifestarse libremente, pero sin olvidarse de la órbita constitucional y de los límites que le impone.⁹ De esta manera, a decir de Morón Urbina, "...la actividad legislativa tiene la obligación de proyectar el modelo constitucional decidido con vocación de permanencia mediante la emisión de las disposiciones necesarias para desarrollar suficientemente los principios, derechos, instituciones y, en fin, toda decisión por el constituyente consagrada...".¹⁰

Siguiendo al mismo autor podemos manifestar que no hay un control constitucional solo sobre las normas, sino un *sistema de control sobre la función legislativa* en general, es decir, un control integral, eficiente y completo, que debe abarcar todos los supuestos o manifestaciones de inconstitucionalidad posibles, todas las modalidades comprendidas dentro del ámbito del "vicio de inconstitucionalidad".¹¹ Solo así se

que la Constitución formal contenga los principios y valores de la Constitución material; y, por último, que el texto constitucional incluya las instituciones y dinámicas necesarias para salvaguardar tanto la intención del constituyente como la autorreferencia ya positivizada (...) Salvador Nava Gomar, "El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)", p. 16.

7. Soberano en su más simple acepción, como capacidad del pueblo para autorregularse; originario por cuanto es creador del sistema jurídico de dominación política: antes de la organización constituyente no hay nada; al ser originario es ilimitado, pues el límite solo puede derivar de una norma superior y anterior; y es prejurídico porque él mismo es fuente primaria del derecho, del ordenamiento jurídico. (...), *ibidem*.
8. Es representativo porque hace las veces de pueblo, lo personifica, encarna o idealiza en una Asamblea, por lo que está sometido o subordinado a la voluntad de sus representados.
9. La Función normativa tiene origen en la letra y el espíritu de la Constitución a la cual debe sujetarse y del cual debe partir toda su voluntad y aspiración normativa. Juan Carlos Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999, p. 447.
10. *Ibidem*, p. 447.
11. *Ibidem*, p. 448.

evitaría la estructuración de un mecanismo de control constitucional ineficiente y fragmentario. Kelsen fue el primero en abordar la modalidad de inconstitucionalidad pero solo desde el punto de vista positivo,¹² es decir, respecto a un acto legislativo concreto a través de la declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo y por la forma. Sin embargo la doctrina ha venido escapando a esta concepción tradicional de control de la constitucionalidad, un ejemplo de ello nos lo manifiesta Gerardo Eto Cruz, quien concibe que: "...la desobediencia no solo se da por vías de hecho: como dar una ley contraria a un mandato expreso o tácito de la Constitución, o contradecir algún principio o valor fundamental; sino cuando se omite, o sea, se desobedece al código político que establece una pauta de comportamiento al poder constituido".¹³

De esta forma podemos configurar un control más integral y realista que trascienda la concepción tradicional, para cuyo estudio debemos partir de la idea de que toda actividad de contenido constitucional es concretada de dos maneras, a saber: a) por acción, es decir, a través de una conducta positiva que pretende causar un cambio en el mundo jurídico; o, b) por omisión, dejando sin variación el mundo del derecho, aunque parezca contradictoria la noción de omisión con la acepción misma de actividad, este dejar de hacer manifiesta también consecuencias jurídicas muy conocidas dentro del mundo del derecho como, por ejemplo, en el caso de silencio administrativo en el derecho administrativo, y dentro del propio derecho constitucional con la figura de amparo constitucional por omisión. De esta doble clasificación de actividades constitucionales podemos desprender lógicamente una doble posibilidad de situaciones inconstitucionales:

Inconstitucionalidad por acción: aquella cometida a través del ejercicio efectivo de la función normativa por la cual el legislador incorpora una norma al ordenamiento jurídico a través de un acto legislativo que debe encontrar validez y justificación en la Constitución; de no encontrar estos presupuestos el acto normativo no cumple con el modelo querido por el constituyente.

Inconstitucionalidad por omisión: aquella que se genera cuando el legislador ordinario no despliega la actividad normativa que la propia Carta Fundamental le exige, por lo que incursiona en una actitud renuente o negativa que deja en suspenso indefinidamente la vigencia y eficacia de la norma constitucional. Esta actitud pasiva

12. Según Kelsen, el objeto de la jurisdicción constitucional desde sus inicios se concentró básicamente en el control de la constitucionalidad de las normas.

13. Gerardo Eto Cruz, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", p. 810. En el mismo sentido Bidart Campos sostiene que "Así como normalmente se acusa la inconstitucionalidad cuando se transgrede la Constitución porque se hace algo que ella prohíbe, hay que rescatar la noción importantísima de que también hay inconstitucionalidad cuando no se hace lo que ella manda a hacer. Esta omisión es inconstitucional, y a esta figura la llamamos inconstitucionalidad por omisión". Bidart Campos, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 99.

del legislador en el ejercicio de una competencia constitucional obligatoria genera una responsabilidad por la laguna jurídica que en el ordenamiento del Estado se configura, responsabilidad imputable al legislador, la misma que paradójicamente no tiene una sanción.¹⁴ La misma inactividad normativa puede manifestarse cuando de todos modos el legislador expide una norma pero ésta es incompleta o insuficiente, en tal caso la actitud pasiva no esta plenamente configurada.

De lo expuesto podemos deducir que el constituyente no solo impone límites y racionaliza el ejercicio de la función normativa a través de lo que Ricardo Guastini llama límites formales y límites materiales,¹⁵ sino que también impone obligaciones que permitan desarrollar todo el sistema jurídico del Estado para asegurar la vigencia de los derechos y libertades fundamentales de las personas para la convivencia en común. De ahí que es importante el concepto de Constitución en las actuales circunstancias, solo si se reconoce que, aparte de la fuerte carga política que ostenta, es precisamente una norma jurídica, que se complementa con su carácter de suprema, presentándose como el fundamento de todo el ordenamiento jurídico de un país, por lo que el ideal, a decir de Bidart Campos citado por Gerardo Eto Cruz, es el de vivir en la Constitución,¹⁶ lo que ha de suponer el hecho de que no sean simples declaraciones ingenuas del constituyente, por lo que el legislador está obligado a desarrollarlas.¹⁷

EL DESARROLLO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Como lo manifestamos en líneas anteriores, para poder hablar de un verdadero Estado constitucional es ineludible un ordenamiento jurídico que se origina, en primer lugar, en el poder constituyente tanto en su carácter formal como material, sentando de esta forma las bases a partir de las cuales se creará el resto del ordenamien-

14. Al respecto, Hans Kelsen, citado por Gerardo Eto Cruz, manifiesta que: “Un concepto íntimamente relacionado con el deber jurídico es el de la responsabilidad jurídica. Que una persona (en este caso el legislador) sea legalmente responsable de determinada conducta (que para nuestro caso es el de dictar una ley porque así lo manda una cláusula constitucional) o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario”. Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, p. 810.

15. Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, DJC, 1999, p. 47. En este sentido manifiesta que la Constitución puede limitar el objeto y la materia de las leyes tanto en el objeto de la regulación como en las consecuencias jurídicas de las leyes futuras ya sea directamente mediante órdenes y prohibiciones dirigidas al legislador o, indirectamente mediante normas con las cuales la Constitución regula ciertos supuestos de hecho.

16. “A la Constitución que le falta la garantía de su propia defensa, técnicamente no es una Constitución...”. Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, p. 811.

17. Gerardo Eto Cruz, *ibidem*, p. 810.

to, por lo que de su texto debe descender gradualmente todo el sistema jurídico del Estado.

Morón Urbina manifiesta que las decisiones incorporadas a la Constitución por el constituyente, por ser embriones de programas socio políticos y jurídicos con vocación de permanencia, siempre exigen la emanación de otras normas de nivel inferior, que la proyecten, precisen y viabilicen, precisando sus diversas particularidades.¹⁸ En el mismo sentido, De Otto, citado por Salvador Nava Gomar, manifiesta que:

...La Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto refuta las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que contiene el orden jurídico básico de todos los sectores de la vida social y política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un modelo de sociedad... La Constitución, en otras palabras, se transforma toda ella en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites negativos que la Constitución impone, sino que es “desarrollo” de la Constitución, del programa que la Constitución contiene. La Constitución ya no incorpora la concepción política de lo que el Estado debe ser, sino el programa de lo que debe hacer...¹⁹

De este modo la Constitución no solo indica límites a la configuración legislativa de las relaciones sociales, sino que demanda determinada actividad normativa al poder constituido para que dé operatividad al modelo constitucional preconcebido por el constituyente. Esta idea parte del hecho de que la Constitución no pretende sustituir a la ley sino, por el contrario, deja las puertas abiertas para que el legislador las desarrolle con el objeto de que no queden en una situación de indeterminación y carencia de exactitud, de detalle, por lo que requieren ser concretadas en gran medida.

Es cierto que dentro de la Constitución podemos encontrar normas a las cuales Víctor Bazán²⁰ llama *operativas*, es decir, aquellas autoaplicables que no precisan de otra norma que las reglamente o potencie; y otras de carácter abierto que se las suele denominar *programáticas*, es decir, requieren de otras normas por no ser autooperativas.²¹ El carácter abierto de éstas últimas es “...un instrumento conscientemente

18. Juan Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 450.

19. Salvador Nava Gomar, “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, pp. 26 y 27.

20. Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, p. 240.

21. “Concretamente hay reglas constitucionales de carácter muy genérico y programático, que requieren de una nueva actividad legislativa que las especifique para llegar a tener vigor...”. Juan Larrea Holguín, “Supremacía de la Constitución y tratados internacionales”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Si-

utilizado con el fin de sustraer a las fuerzas políticas, al legislador ordinario y al gobierno, el margen de maniobra necesario para las decisiones que son de su responsabilidad”²² por lo que constituyen un estimulante a la dinámica jurídica. A base de lo expuesto por Vila Casado, podemos inferir que la Constitución prescribe de forma natural normas para que sean desarrolladas por el legislador y de las cuales éste es responsable directo, en virtud de que el poder constituido no puede traspasar o desobedecer lo dispuesto en la Carta Fundamental sin cometer un vicio de inconstitucionalidad.

El silencio del legislador al no desarrollar dichas normas impide o dificulta la aplicación integral de la norma constitucional. En nuestra Constitución tenemos algunas disposiciones que exigen su desarrollo normativo por el legislador a las cuales nos vamos a referir de forma ejemplificativa, sin pretender hacer un enumeración exhaustiva y completa; así tenemos, por ejemplo, la Legislación sobre las Nacionalidades Indígenas, cuya elaboración exige nuestra Constitución en varias disposiciones como el art. 1 inc. 2 sobre los idiomas ancestrales de uso oficial; el art. 44 sobre la regulación de la medicina tradicional y alternativa; el art. 84 que establece los principios y materias a ser desarrolladas para las nacionalidades indígenas y afroecuatorianas; el art. 191 inc. 4 que establece la justicia indígena y su compatibilidad con el sistema judicial; el art. 224, 228 y 241 sobre las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, entre otras normas. También debemos citar el art. 27 que norma el voto de ecuatorianos en el extranjero; el art. 35 num. 10 inc. 2 que prescribe que la ley establecerá las sanciones a la paralización de ciertos servicios públicos; el art. 80 sobre la legislación en materia de investigación científica y tecnológica en la que se regulará también el estatuto del investigador científico; el art. 81 que exige la elaboración de una norma legal para la participación de los medios de comunicación en los procesos educativos y de promoción cultural; el art. 88 que dispone que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que afecten el medio ambiente; el art. 117 que proyecta la necesidad de una ley para regular el estatuto de oposición; el art. 183 sobre la legislación que determine la colaboración de la fuerza pública en el desarrollo social y económico; el art. 188 que exige la normativa para la objeción de conciencia; el art. 244 que exige la sanción a las prácticas monopólicas que se halla en relación con la disposición transitoria trigésimo sexta que dispone las reformas legales pertinentes; el art. 271 sobre el tratamiento especial a la inversión pública o privada; el art. 191 y 194 que prescribe la aplicación de la

món Bolívar / Corporación Editora Nacional, p. 244. El término es totalmente discutible por el carácter normativo de la Constitución, en este sentido coincido con Vila Casado en denominarlas como normas abiertas.

22. Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho constitucional: antecedentes y fundamentos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 331.

unidad jurisdiccional, y el sistema oral en la Función Judicial, para lo cual la disposición vigésima séptima da el plazo de 4 años; la disposición transitoria trigésimo tercera que implementará las Juntas Parroquiales y jueces de paz; o la cuadragésimo tercera que señala el plazo de un año para expedir la ley que establezca la autonomía del Registro Oficial, entre otras.

El desarrollo de las normas constitucionales para dar plena ejecución a la Carta Fundamental son requeridas de distintas formas, a saber:²³

- *Directamente, estableciendo un término de emanación*, como por ejemplo la disposición transitoria cuadragésimo tercera que mencionamos en líneas anteriores, que exige la elaboración de una ley que establezca la autonomía del Registro Oficial en el plazo de un año; o la disposición transitoria vigésimo séptima sobre el establecimiento de las reformas de la Función Judicial en el plazo de cuatro años.
- *Directamente pero sin la fijación de un término*, como por ejemplo la elaboración del estatuto del investigador científico o el estatuto de oposición. En este caso la Constitución atribuye al legislador la competencia para hacer algo, pero además esta competencia es imperativa, utilizando la fórmula “La ley establecerá...”.
- *Implícitamente y de forma genérica*, como por ejemplo la disposición transitoria trigésimo sexta de la Constitución que prescribe que se dictarán las modificaciones a las leyes pertinentes para la aplicación del nuevo sistema económico.

Para Víctor Bazán el desarrollo normativo por parte del legislador ordinario no solamente puede ser requerido por la norma constitucional sino, también, por un tratado internacional o una ley²⁴ que lo emplace a operativizar el derecho, garantía o situación. En el caso de los tratados internacionales vigentes, opino que el requerimiento normativo podría ser obligatorio para el legislador cuando se trate de derechos y libertades de los ciudadanos, pero hay que recordar que para los casos en que el legislador mantiene en silencio ante el mandato de un tratado, y en este silencio hay una causa de incumplimiento a las obligaciones contraídas, el problema debe resolverse no solo atendiendo las normas del derecho interno, sino respetando los principios y disposiciones del Derecho internacional, de manera especial el principio *pacta sunt servanda*, en este último supuesto, denunciando el incumplimiento ante el órgano internacional competente. Sin embargo, del texto de nuestra Constitución se

23. Biscaretti de Rufia citado por Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 450.

24. Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, p. 220.

puede desprender el criterio de otorgar al tratado que se refiera a derechos humanos el rango de norma constitucional, al establecer en el art. 18 que los tratados que los protejan serán directa e inmediatamente aplicados, de suerte que la unidad del sistema jurídico impide que, bajo pretexto de falta de leyes, queden sin aplicación sus prescripciones, de ahí que existiría inconstitucionalidad por omisión en cuanto no se apliquen directamente, no por falta de ley. Al respecto el tratadista Juan Larrea Holguín manifiesta que:

Sabiamente ha dispuesto la actual codificación de nuestro derecho constitucional que no se puede dejar de aplicar una norma de superior jerarquía por la carencia de disposiciones reglamentarias u otras de inferior grado. Han quedado muchas veces sin eficacia práctica real numerosas disposiciones contractuales de orden internacional, por aducir algunos funcionarios la carencia de leyes o reglamentos internos que las aplicarán; ese falso razonamiento queda proscrito por la actual Carta y ningún funcionario o ciudadano puede escudarse en deficiencias de la legislación interna para dejar de cumplir los compromisos internacionales, Esto tiene enorme importancia, por ejemplo, con relación a los convenios promovidos por la Organización Mundial del Trabajo, y a los cuales se ha adherido el Ecuador.²⁵

En el caso del requerimiento normativo de las leyes, se podría sostener un incumplimiento a la Constitución al no expedirse los reglamentos necesarios para la aplicación de la misma, en virtud de que la competencia normativa o regulatoria no solo pertenece –según se sostiene– al legislador sino, también, a otros actores jurídicos. Hay que tomar en cuenta que la potestad reglamentaria es también una actividad normativa reconocida constitucionalmente (arts. 141 num. 6 y 171 num. 5) como un atributo inherente a la función administrativa del Estado, que consiste en la capacidad de expedir actos normativos, es decir, normas jurídicas de aplicación generalmente obligatorias, subordinadas a la Constitución y a la Ley, comprendiéndose dentro de esta actividad normativa de la Administración, no solo al deber del Presidente de la República consagrado en el art. 171 num. 5 de dictar reglamentos a las leyes expedidas por el Congreso Nacional sino, también, a las resoluciones administrativas de efectos *erga omnes* que expiden diferentes órganos del Estado, por lo que, al darse un silencio de estos actores jurídicos, aparentemente existiría un silencio normativo, pero no legislativo propiamente dicho, por lo que escaparía al objeto de nuestro estudio.

25. Juan Larrea Holguín, “Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales”, p. 246. El principio *pacta sunt servanda* del Derecho internacional nos da la pauta del obligatorio cumplimiento de los compromisos internacionales.

El mismo autor expone otros ejemplos de omisión inconstitucional, pero no en el estricto sentido del ejercicio de la función normativa, sino en otros actos que realiza el poder constituido, los cuales los adaptamos de cierta forma a nuestra realidad como, por ejemplo, cuando el órgano político no elige al Contralor del Estado; o cuando no se ejerce la colegislación obligatoria como en el caso de la disposición transitoria vigésimo cuarta de nuestra Constitución.²⁶ Víctor Bazán fundamenta su tesis con las siguientes palabras: "...la mencionada fiscalización no deberá centrarse exclusivamente en la conducta omisiva del poder legislativo, pues, como puede apreciarse en los ejemplos anteriores, no interesa cual es el órgano político omitente; lo trascendente –para excitar el control constitucional– es que la actitud negativa (por omisión) cristalice una agresión a la Constitución, bloqueando el goce de derechos o garantías reconocidos por ella, un tratado o una ley".²⁷

LA OMISIÓN INCONSTITUCIONAL: ESTADO DEL PROBLEMA

Las transgresiones descritas a la Constitución, cuando el constituyente promueve la actividad normativa sobre una materia o cuando no se cumplen ciertos objetivos ordenados en la carta política por medio del silencio del legislador, nos permiten hablar ya de una inconstitucionalidad por omisión que de por sí trae innumerables problemas, ya que la inactividad del legislador, directa o indirecta, puede constituir una conducta contraria a la Constitución.

Este fenómeno especial de inconstitucionalidad se presenta en la mayoría de las cartas políticas: existen ya constituciones que abordan el tema estableciendo sistemas de control a este vicio,²⁸ sin que se hayan consolidado uniformemente alternativas como solución. Peor es el panorama para las legislaciones que no han desarrollado sistemas de fiscalización o control de esta modalidad de inconstitucionalidad, por lo que se han venido desarrollando criterios particulares con características propias en cada jurisdicción constitucional de que se trate. En aquellos sistemas de jurisdicción constitucional en que no está consagrada este tipo de inconstitucionalidad, la crea-

26. Dicha disposición establece que, de no expedirse la ley en el plazo no fijado por la Constitución, el Presidente enviará los correspondientes proyectos de ley que seguirán el trámite de aquellos calificados con el carácter de urgencia económica.

27. Víctor Bazán, "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", p. 226.

28. Como ejemplo de sistemas que han positivizado la inconstitucionalidad por omisión tenemos a la ex Yugoslavia en su anterior Constitución; en Portugal en la Constitución de 1976; Brasil a partir de 1988; Argentina en la Constitución de la Provincia del Río Negro; en Venezuela a partir de la Constitución de 1999; en Costa Rica en la Ley de Jurisdicción Constitucional de 1989, entre otros.

ción jurisprudencial de los tribunales constitucionales ha venido contribuyendo a un perfeccionamiento en el tratamiento de esta figura, con apoyo básico tanto en la doctrina como en la legislación constitucional; en parte algunos de estos sistemas han contribuido a solucionar parcialmente la inconstitucionalidad por omisión a través de sentencias interpretativas, de recomendación o aditivas, conceptos que se desarrollarán más adelante, pero, en general, el control jurídico de los silencios legislativos suscita reparos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE SILENCIOS LEGISLATIVOS

Al reconocerse la trasgresión constitucional por medio del silencio del legislador, es necesario ahora establecer si puede ser objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional. Las respuestas deben buscarse en la concepción misma del Estado democrático y, más concretamente, en la relación que tiene el legislador con la Carta Fundamental y el principio de supremacía que lo rige. Como lo manifiesta Ignacio Villaverde, "...debe repararse también en el hecho de que el silencio puede ser sutil instrumento en manos del legislador para disponer de la voluntad del constituyente a su antojo, y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una forma mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la Ley".²⁹ De esta forma, si el control, como noción jurídica, es inseparable de la noción, también jurídica, de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado, difícilmente podrán admitirse en ese ordenamiento espacios donde el poder sea inmune, por lo que el legislador con sus silencios crea situaciones contrarias a lo querido por el soberano; es decir, la omisión solo contraría la Constitución si el legislador desplaza al constituyente y altera el contenido normativo de la norma suprema, por lo que el silencio del legislador no puede ser un ámbito de inmunidad del poder legislativo, y, en la medida de que genere resultados contrarios a la Carta, aquel debe ser objeto de control.

Sin embargo, el legislador puede callar sin contrariar la Constitución, por lo que no toda omisión puede ser objeto de control; en este sentido, Ignacio Villaverde sostiene que "...el silencio es el género, y ésta, la omisión es la especie",³⁰ la misma que, al ser una infracción inconstitucional, puede desembocar en una declaración de inconstitucionalidad por omisión por parte de un órgano jurisdiccional. Para identificar que silencio es inconstitucional debemos recurrir al elemento normativo que permite su control, es decir, al objeto susceptible de fiscalización, ya que el silencio no se

29. Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 3.

30. *Ibidem*, p. 4.

agota en su componente político que es la decisión de no legislar, sino que tiene un elemento normativo que acompaña al político y es este el que interesa como objeto. De esta forma, el control constitucional omisivo recae al igual que el control constitucional de la ley en lo que Villaverde denomina “la faz normativa del silencio” consistente en las situaciones o consecuencias jurídicas que dicho silencio conserva o genera. En pocas palabras podemos decir que la infracción constitucional no solo se produce cuando se incumple la obligación expresa y concluyente de legislar, sino cuando el silencio crea una situación jurídica contraria a la Constitución, medie o no la obligación de legislar.³¹ Lo que debe ser controlado no es el hecho en sí del silencio, sino sus consecuencias normativas; el mismo autor concluye que:

...no todos los silencios del legislador son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución. Es cierto que hay silencios legislativos inocuos, que carecen de las consecuencias normativas que los hacen jurídicamente relevantes. Incluso éstos, los silencios relevantes jurídicamente, solo serán omisiones inconstitucionales, las mencionadas consecuencias normativas se manifiestan contrarias a la Constitución.³²

Al tener ya esta premisa, podemos decir que la función que cumple el control jurídico de los silencios legislativos es la de restablecer la supremacía de la Constitución. Para lograr este objetivo hay que expulsar del ordenamiento aquellas consecuencias normativas del silencio legislativo que contrarían la Constitución; esta función depuradora le compete a los órganos jurisdiccionales, concretamente, al juez constitucional.

ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS SILENCIOS LEGISLATIVOS

La nueva doctrina constitucional se ha preocupado incesantemente de los vicios inconstitucionales que se derivan de la inactividad del legislador en relación con el mandato de legislar, por lo que se hace necesario exponer algunas consideraciones y argumentos doctrinales que resaltan la importancia de esta figura para resguardar el carácter normativo de la Carta Fundamental.

31. *Ibidem*, p. 7.

32. *Ibidem*, p. 35.

Argumentos a favor

Los argumentos a favor de aceptar el control constitucional de este tipo de silencios ha sido de muy variada índole, pero siempre descansando sobre la base de un reconocimiento de la Constitución como una norma jurídica básica e infranqueable en el ordenamiento jurídico. Entre los argumentos a favor tenemos:

La supremacía de la Constitución: este constituye el principio sobre el cual se asienta toda la concepción de Estado Constitucional de derecho, donde la Constitución adquiere el carácter de norma jurídica suprema venciendo la tradicional concepción decimonónica del Estado legal de derecho donde la Carta Fundamental era solo un conjunto de principios orientadores y no un verdadero sistema de normas jurídicas vinculantes. La idea de un Estado constitucional trae aparejado el criterio de que el texto constitucional debe ser comprendido e interpretado como una auténtica norma jurídica "...que ordenan al legislador realizar determinadas misiones o perseguir determinados fines, y no solo le impone prohibiciones o le atribuye determinadas competencias para hacer algo".³³ Si se considera como único control posible de la actividad del legislador el derivado de las normas prohibitivas excluyendo cualquier otro tipo de control, habría un importante sector al que se le ha privado de su valor normativo. Este principio de supremacía constitucional se encuentra recogido en nuestra Constitución en el art. 272 que afirma rotundamente el carácter de norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico, "...prevaleciendo sobre cualquier otra norma legal", por lo que "...deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones". La finalidad de este principio es garantizar que la voluntad del constituyente se realice a plenitud, quedando asegurada su supremacía, según manifiesta Javier Tajadura,³⁴ por la rigidez del texto constitucional que en nuestra Carta Magna lo consagra el Título XIII, y por el establecimiento de procedimientos de control de los actos y normas jurídicas, especialmente, de las normas con rango de ley, previstos en el mismo Título en el Capítulo Dos. Para el profesor De Vega, citado por Tajadura, resulta evidente que la misión del Tribunal Constitucional "...no es otra que la de impedir que ningún poder constituido pueda ir en contra de la voluntad soberana del pueblo, actuada y expresada, como poder constituyente, en la propia Constitución".³⁵ No menos evidente resulta que el legislador puede atentar contra esa voluntad del constituyente tanto cuando actúa como cuando no lo hace, porque de su inac-

33. *Ibidem*, p. 18.

34. Javier Tajadura Tejada, "Reflexiones en torno a la figura polémica: la inconstitucionalidad por omisión", en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, p. 823.

35. *Ibidem*, p. 824.

tividad también pueden derivarse consecuencias normativas contrarias a la Constitución, especialmente, cuando de dicha omisión se deriva la falta de efectividad real y plena de la norma constitucional. La propia lógica del Estado Constitucional exige la admisión de la figura de inconstitucionalidad por omisión persiguiendo la finalidad de garantizar que la voluntad del constituyente se realice a plenitud.

La función política de transformación social de las Constituciones modernas: este argumento es sostenido por Javier Tajadura al rescatar el hecho de que la Constitución ya no es solo un conjunto de normas que organiza el poder político, sino que han ampliado sus contenidos para cumplir ciertos fines sociales que pretenden construir un futuro social diferente. “Efectivamente, el instituto de la inconstitucionalidad por omisión encuentra su fundamento en esa función transformadora de la sociedad propia de las constituciones más avanzadas.”³⁶ Esta característica se presenta desde el Preámbulo mismo de nuestra Constitución al señalar entre otros motivos el impulso del desarrollo social y económico; de la misma forma el art. 3 señala entre los fines del Estado el progreso económico, social y cultural, lo que conlleva de hecho una función de transformación social que garantice las condiciones de libertad e igualdad de los individuos, proyectándose de estas prescripciones genéricas el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Es indiscutible que la tutela efectiva de estos derechos encuentra terreno fértil en las medidas legislativas de promoción, por lo que el control a este tipo de omisiones por los órganos jurisdiccionales, constituye un avance a su real aplicabilidad basados en el hecho de que cuando la Constitución ordene a uno de los poderes públicos el ejercicio de ciertas competencias, éstos se vean obligados a ponerlos en movimiento, pudiendo incluso impulsar a la jurisdicción constitucional controlar al órgano renuente de cumplir sus obligaciones; negar esta posibilidad sería poner al legislador ordinario por encima del constituyente y a la vez negar la plena operatividad de los derechos consagrados de los cuales es necesaria una actuación positiva del poder constituido.

Juan Carlos Morón Urbina señala los siguientes argumentos que se complementan con los anteriores:

- *El peligro de que las normas fundamentales queden postergadas al infinito*, lo que significaría “...permitir dejar en suspenso normas constitucionales y someterlas a la voluntad de un órgano del poder constituido, invirtiendo subliminalmente los alcances de la pirámide jurídica”,³⁷ con la consecuencia de que la actitud arbitraria del legislador menoscabe el valor jurídico de las normas constitucionales que el constituyente elaboró.

36. *Ibidem*, p. 825.

37. Juan Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 452.

- *La necesidad de sujeción a la Constitución de la función normativa*, del mismo modo como las otras funciones del Estado se sujetan (administración y jurisdicción); de esta forma se precautela un eficaz sistema de pesos y contrapesos entre los poderes del Estado. El principio de discrecionalidad política en desarrollar las normas constitucionales en el presente caso no es absoluta en razón de que la primera obligación del legislador es cumplir con el mandato constitucional respetando su fuerza normativa. La actividad legislativa debe sujetarse a las necesidades que el constituyente previó en la Carta Política y que las elevó a rango de norma jurídica suprema, ya que su intención es convertir a la Constitución en un instrumento útil para la anticipación u la construcción del futuro.
- *Velar por el principio de eficiencia constitucional*, entendida como la posibilidad real que el bosquejo constitucional aprobado y consagrado por el constituyente en el texto de la Constitución tenga una vigencia efectiva y real, y así no pueda ser afectada, desatendida o diferida por el poder constituido, de lo contrario carecería de sentido tener una Constitución si los propios actores políticos, en este caso uno de los poderes del Estado, no la cumplen. Sería inaceptable que la función legislativa mantenga una suerte de anarquía normativa frente a la Constitución, la misma que dejará de estar situada por encima del legislador, siendo objeto de la libre disposición de éste último.

Argumentos en contra

Es importante señalar, antes de abordar el tema, la distinción que Jesús Casal hace sobre las objeciones referidas al control jurisdiccional de las omisiones legislativas de aquellas que se refieren a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión: "...en ocasiones se confunden las objeciones al control judicial de las omisiones legislativas con las referidas a la existencia en un ordenamiento de una acción directa de inconstitucionalidad por omisión. Una cosa es sostener, por ejemplo, que las cortes y tribunales constitucionales invaden la competencia constitucional del legislador cuando extienden a un sector omitido por la ley un beneficio contemplado en ella... y otra muy distinta es afirmar que no corresponde a los órganos judiciales valorar, a través de un medio constitucional específico, la oportunidad adecuada para la aprobación de leyes relacionadas con preceptos que algunos siguen calificando como programáticos".³⁸ En este sentido el mismo autor señala como argumentos que impiden un control a los siguientes:

38. Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Ciedla / Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 36.

- *Dificultades de implementación y los condicionamientos socio económicos:* estos argumentos están dentro de los factores extrajurídicos para negar este instituto, en el primer caso se refiere a los efectos que dicho control causaría en el ámbito de encontrar una solución valedera consecuente y efectiva, ya que tal declaratoria de inconstitucionalidad por omisión legislativa, sobre todo de las omisiones absolutas, conlleva una complejidad a la cual nos referiremos más adelante. En cuanto a las restricciones económicas, que con frecuencia impiden desarrollar mandatos constitucionales, pone en duda la viabilidad de un control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas por carecer de vitalidad práctica y comprometería la autoridad del Tribunal; sin embargo este obstáculo no prueba que esté desprovisto de sentido práctico: “A menudo a pesar de existir recursos disponibles, el legislador omite el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, lo cual puede dar lugar al ejercicio del control constitucional, aunque con las limitaciones arriba mencionadas, en lo que respecta a su eficacia”.³⁹ El hecho de que se admita que el grado de cumplimiento del legislador depende de los recursos disponibles no significa que se exima del deber de legislar desarrollando los principios constitucionales tanto como sus recursos lo permitan, asegurando un contenido mínimo en relación con ellos.
- *Violación del principio de separación de poderes:* este argumento se lo establece en el sentido de que un control constitucional por parte de un órgano jurisdiccional iría en contra de la libertad política de configuración normativa o discrecionalidad del legislador, quien determinará la oportunidad para desarrollar la norma constitucional, de ahí que existe un cierto rechazo a la posibilidad de que órganos jurisdiccionales no solamente determinen el momento del desarrollo de la Constitución, sino, además, la posibilidad de que colmen las lagunas jurídicas derivadas de la falta de sanción de las leyes necesarias para la plena efectividad de los preceptos constitucionales. Esto significaría, según sostiene Casal, “...una amenaza a las funciones propias del legislador y colocaría a los jueces en riesgo permanente de incurrir en usurpación de atribuciones”,⁴⁰ además de que entrañaría un peligro de la politización de la jurisdicción constitucional. En este sentido no se puede concebir una separación absoluta de poderes, más aún si existe una mutua relación e influencia que permite un cierto equilibrio en resguardo de la seguridad y la democracia, por lo que el es-

39. *Ibidem*, p. 40.

40. *Ibidem*, p. 41.

tablecimiento de una jurisdicción constitucional⁴¹ implica incurrir en ciertas esferas de poder en busca de proteger la norma suprema de toda acción u omisión, no dejando inmune ningún espacio de posible violación ante la cual el ordenamiento jurídico constitucional no puede mantenerse pasivo. No puede negarse cierta discrecionalidad al legislador pero ésta no debe apartarse de las consecuencias jurídicas que su actitud renuente puede acarrear; esto se deduce de la propia lógica del Estado Constitucional que no pretende que el poder jurisdiccional remplace al legislativo.

- *Vulneración del principio de legalidad y de reserva legal*: esto en el sentido de que los jueces al realizar el control omisivo no actuarían con sujeción a la ley, sino, en ausencia de ella, y establecerían, mediante sus sentencias, los criterios jurídicos aplicables en la materia carente de regulación, inmiscuyéndose en esferas en las cuales no son competentes; de esta forma violarían estos principios que aseguran "...el carácter insustituible de la Ley como mediadora entre la Constitución, el Estado y la sociedad...".⁴² Este criterio no significa negar a los jueces la posibilidad de integrar el ordenamiento jurídico mediante los mecanismos que la propia Constitución y la ley ponen en sus manos acudiendo a preceptos que regulen situaciones similares o a los principios generales del derecho, sino el problema estriba en que el juez, ante la falta de regulación normativa en una materia que constitucionalmente la requiere, proceda a cubrir dicha omisión para dotar de eficacia al precepto constitucional, estableciendo ciertos parámetros de solución sin descender a todos los detalles, cuya determinación corresponde al legislador; de esta forma, su sentencia, en principio con efectos limitados al caso concreto, se generalizaría remplazando las reglas jurídicas que por dichos principios debe dictar el poder constituido. Sin embargo, no podemos desconocer la posibilidad que el juez constitucional integre provisionalmente los parámetros constitucionales para dotar a la norma constitucional de su contenido mínimo y de su operatividad.⁴³
- *El carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional*: relacionada con el anterior argumento, se puede decir que, ante la posibilidad de que el juez constitucional dicte una sentencia integradora o aditiva del ordenamiento, surge el criterio que considera que estos jueces dejaron de tener el carácter de

41. "Si aceptamos que la Constitución es obra del poder constituyente y que todos los demás poderes son constituidos, esto es, limitados, preciso es admitir la existencia de un órgano defensor de la Constitución frente a posibles quebrantos por parte de los poderes constituidos", Javier Tajadura Tejada, "Reflexiones en torno a la figura polémica: la inconstitucionalidad por omisión", p. 827.

42. Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 28.

43. Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", pp. 44 y 45.

legisladores negativos tal como los concebía Kelsen⁴⁴ con relación a la Justicia Constitucional Europea, y adquirieron el carácter de legisladores positivos. En principio se considera al juez constitucional como legislador negativo por que, al existir la posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por un órgano jurisdiccional, nos da la idea de que al lado de un legislador positivo hay uno de carácter negativo, en el sentido de que, al conferir a los órganos que ejercen dicha jurisdicción una misión revisora de leyes ya dictadas, está ejerciendo una función legislativa depuradora. Esta concepción ha sido poco a poco superada "...porque los postulados sobre los que se asienta el control constitucional... como lo son la garantía de la supremacía de la Constitución y de su fuerza normativa, y los principios que imponen limitaciones, como la división de los poderes y el principio democrático, no exigen que los jueces o tribunales constitucionales actúen solo negativamente...", y, ni siquiera, que actúen positivamente, ya que la idea de una jurisdicción del control constitucional choca indiscutiblemente con la idea de legislar, pues no existe afinidad de ninguna clase entre la justicia constitucional y la función de los parlamentos, en virtud de que los Tribunales Constitucionales cumplen la función de protección de la Constitución frente a las acciones u omisiones legislativas mediante instrumentos procesales que han de ejercerse sin usurpar la potestad legislativa, estos instrumentos pueden obtener como resultado sentencias tanto interpretativas, aditivas o meramente declarativas, con las cuales hacen notar que el juez constitucional ni posee la cualidad de legislador negativo, peor de legislador positivo. Al contrario, el juez constitucional ejerce una verdadera jurisdicción constitucional, pues, al anular un precepto legal, lo hace persiguiendo la preservación de la supremacía de la Constitución que le impone la exclusión de una ley incompatible a sus disposiciones, y, al acudir a las modalidades de sentencias, lo hace no persiguiendo formar parte del proceso de creación del derecho mediante la regulación jurídica de una realidad social específica, sino encontrar el medio procesal más efectivo y razonable para proteger la vigencia de la Constitución.

- *Discrecionalidad del legislador*: se refiere específicamente a la libertad de conformación del derecho que tiene el legislador, concepto que alude al margen de maniobra temporal y material que ostenta el legislador para definir el

44. La caracterización hecha por Kelsen sobre los Tribunales Constitucionales sostiene el criterio de que la consecuencia de una declaratoria de inconstitucionalidad se la podría concebir como una manifestación o incluso el ejercicio de un poder legislativo de carácter negativo, en virtud de que al anular la ley contraria a la Constitución, dicta una norma general, "...porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción... Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con poder legislativo". Citado por Jesús Casal.

programa constitucional,⁴⁵ es decir, la libertad de traducir en reglas de derecho las plurales opciones políticas. En este sentido, Fernández Rodríguez, citado por Javier Tajadura, manifiesta que "...ésta libertad no debe ser entendida como una patente de corzo para el legislador amparado en una mayoría parlamentaria-gubernamental de turno";⁴⁶ esto significaría regresar a una democracia plebiscitaria que consiste, esencialmente, en la omnipotencia de la mayoría y en la idea de que el consenso de ésta legitima cualquier abuso,⁴⁷ por lo que la asamblea legislativa pasa a ser el órgano base sobre el que se asienta el Estado de derecho. De ser esto así, no podríamos reconocer la existencia de una democracia constitucional, y peor aún un Estado Constitucional de Derecho, estando sujetos constantemente al libre albedrío del poder constituido que se expresa a través de la función legislativa. Es preciso aceptar desde un principio que la Constitución es obra de un poder constituyente, y que todos los demás poderes son constituidos, es decir, sometidos a sus postulados. Podría argüirse como argumento de tal discrecionalidad el hecho de que la Constitución no fije plazo para legislar determinada situación jurídica, pero dicha falta de plazo, a decir de Ignacio Villaverde, no significaría que el legislador con su demora pueda disponer de la situación jurídica programada.

- *Inexistencia de previsión expresa en el ordenamiento jurídico de la inconstitucionalidad por omisión*: no existe en los textos en forma expresa o tácita la previsión de esta figura de violación constitucional lo que en la práctica se ha convertido en el mayor argumento en contra. Salvo excepciones del derecho comparado, tales como las Constituciones de Brasil, Venezuela, Costa Rica y la Provincia Federal Argentina de Río Negro, la mayoría de constituciones latinoamericanas no recogen mecanismos para proceder al control de este tipo de vulneración de la norma suprema. Es preciso llamar la atención en cuanto a la actuación de ciertos tribunales, que aún sin base positiva respecto del tema han formulado soluciones jurisprudenciales que han enriquecido el acervo doctrinal sobre la omisión, pudiendo deducir de la naturaleza normativa de la Constitución y de su plena vigencia la previsión de ésta violación, para no dejar en indefensión su plena y real eficacia. En mi modesta opinión, este argumento pretende interpretar la norma constitucional de manera literalista y no

45. Javier Tajadura Tejada, "Reflexiones en torno a la figura polémica: la inconstitucionalidad por omisión", p. 827. En el mismo sentido Gerardo Eto Cruz, sosteniendo que el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa. Gerardo Eto Cruz, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", p. 815.

46. *Ibidem*, p. 827.

47. Luigi Ferrajoli, "La democracia constitucional", en Christian Courtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, p. 255.

como un todo integrado. Creo que, para un buen entendedor, toda inconstitucionalidad se deduce de la violación de la norma suprema cualquiera que ésta sea; por su misma condición en la jerarquía normativa no debería negarse una acción para defenderla. Al respecto nuestra Constitución en el art. 18 inc. 3 dispone que no puede alegarse falta de norma legal "...para desechar la acción por esos hechos...", refiriéndose a la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en la Carta Política. Si hacemos una interpretación integradora no solo de la Constitución sino de todo el ordenamiento jurídico, podríamos llegar a la conclusión de que no solo no se podría alegar falta de norma legal, sino tampoco se podría alegar falta de norma constitucional para una defensa de la misma, en razón de que el contenido mínimo de los derechos constitucionales se encuentran por encima de los formulismos procesales que la misma Carta Política calla, lo que haría factible el ejercicio verdadero de un control constitucional a través de la respectiva acción de inconstitucionalidad.

- La estructura de las normas constitucionales, en virtud de la cual las normas programáticas constitucionales son plenamente exigibles, así no exista ley que las desarrolle,⁴⁸ por lo que la misma Constitución contempla otras acciones para proteger los derechos y libertades venidos a menos por la autoridad pública.⁴⁹ Al respecto podemos sostener el criterio de que, al pasar de la teoría tradicional del constitucionalismo sustentada por Kelsen a la teoría de la soberanía constitucional actual, puede apreciarse que el constituyente no solo señala límites cuya trasgresión hace que la norma sea materialmente inconstitucional, o vías y requisitos procedimentales para la generación de la norma, sino, también, establece y promueve la actividad normativa sobre determinada materia, siguiendo ciertos objetivos, por lo que crea un específico deber de legislar sobre algún aspecto y con ciertos contenidos, por lo que se aprecia una incidencia del constituyente sobre la libertad legislativa del constituido. Cabría en este sentido preguntar si es suficiente la mera declaración de derechos y el establecimiento de normas programáticas en los textos constitucionales, o si deberíamos reconocer la verdadera existencia de reglas en la Constitución que determinen la conducta de los poderes públicos. De esta forma el desarrollo legislativo no solo que es obligatorio sino, también, necesario para garantizar la plena vigencia de sus disposiciones a la generalidad de las personas y también para garantizar que su real aplicación sea continuada en el tiempo por cualquier autoridad. En este sentido, de aceptarse este argumento en virtud de ha-

48. El silencio no puede suspender la vigencia de la norma constitucional, Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 37.

49. En este sentido ha fallado la Corte Constitucional de Colombia dentro de la Sentencia C-543/96.

ber otras acciones que, valga la pena recordar, tienen efectos concretos y particulares, no podría garantizarse la continuidad en la vigencia de la norma constitucional. En tanto se carezca del desarrollo de las normas constitucionales por el legislador, tales preceptos poseen eficacia, pero limitada, "...que se convertiría en una eficacia plena, cuando el legislador despliegue su actividad".⁵⁰

En fin, estas objeciones impiden vivir un constitucionalismo real afectando la defensa de la Constitución, que por sus mecanismos jurídico procesales ha tratado de conservar su carácter de norma jurídica fundamental, previniendo su violación. En resumen, podemos decir citando a Fernández Rodríguez que "...las consecuencias del rechazo de la inconstitucionalidad por omisión importa configurar, entre otros aspectos, los siguientes: a) existencia de un fraude constitucional; b) presencia de una mutación constitucional; c) fortalecimiento del Ejecutivo; y, d) la desvalorización del carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, quienes afirman la existencia de esta problemática implican que ella aporta una: a) realización del proyecto constitucional y afirmación de un Estado social, en la medida en que los derechos, usualmente postergados, son los de naturaleza social; b) la relación del poder constituyente con el constituido a través de un legislador responsable; c) la naturaleza y rol del Tribunal Constitucional; y, d) finalmente la afirmación de las obligaciones constitucionales".⁵¹

CONCEPTO DE OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

La omisión legislativa ha sido definida ampliamente por la doctrina desde múltiples perspectivas, tratando de esta forma explicar su significación y alcance. En términos generales, esta expresión alude a una inactividad del legislador en el desempeño de la función normativa que la Constitución le atribuye, pero, como ya lo hemos dicho, no todos los silencios son constitutivos de una omisión contraria a la Constitución, sino solo aquellas jurídicamente relevantes que conllevan consecuencias normativas contrarias a la Constitución. En este sentido, Jesús Casal excluye la inactividad en la aprobación de acuerdos y otros actos dictados en el cumplimiento de las funciones del legislativo, por lo que los silencios en actos a los cuales estaba constitucionalmente obligado, como el nombrar ciertos funcionarios, escaparía de la noción que tiene de omisión legislativa inconstitucional. En igual sentido, Ignacio

50. Juan Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", p. 457.

51. Citado por Gerardo Eto Cruz, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", p. 816 (José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 203).

Villaverde excluye a aquellos silencios que no crean o conservan situaciones contrarias a la Constitución, como aquellos silencios cuyos efectos están previstos o permitidos por la Constitución, o aquellos que no afecten la existencia jurídica de lo querido por la norma constitucional.

Jesús Casal manifiesta que la inconstitucionalidad por omisión "...se produce cuando el legislador no observa en un tiempo razonable o en el que haya sido fijado constitucionalmente, un mandato concreto de legislar impuesto, expresa o implícitamente, por la Constitución, o cuando, en el cumplimiento de la función legislativa, se dicta una regulación no acorde con la Constitución por haber sido omitidas previsiones que la norma suprema exigía".⁵² Criterio que, a diferencia de lo sostenido por autores como Hernández Valle o Ahumada,⁵³ incluye dentro de la figura de la omisión, los casos en los que regule una materia en forma incompleta o deficiente, violando el principio de igualdad, lo que es valedero, porque se estaría reconociendo una inconstitucionalidad por omisión parcial, en la cual ya existe un objeto sobre el cual declarar tal inconstitucionalidad, que sería la ley dictada de forma incompleta o deficiente. Sin embargo, José Julio Fernández Rodríguez, citado por Morón Urbina, es quien sienta las características o elementos de mayor trascendencia, definiendo a la omisión inconstitucional como "...la falta de desarrollo legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que impide su eficaz aplicación".⁵⁴ A partir de esta definición, podemos establecer varios elementos que nos permitirán tener una visión más amplia de su significado y alcance.

ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Podemos resumir estos elementos en los siguientes:

- *La existencia de mandatos constitucionales concretos*, es decir, una exigencia para que el legislador actúe positivamente, que parte de la diferenciación entre una exigencia concreta y el deber general de legislar que impone conductas de forma implícita y abstracta, como, por ejemplo, aquellas normas fin, que establecen principios sobre la organización económica (art. 242 de la Consti-

52. Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", p. 51.

53. Según Hernández Valle la omisión legislativa se suele definir como la abstención del legislador para desarrollar preceptos constitucionales. Para Ahumada, la omisión es todo tipo de abstención de disponer frente a lo prescrito según los términos de la Constitución.

54. Juan Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", p. 460.

tución) o el desarrollo del sistema de seguridad social (art. 55), etc. La falta de desarrollo de estos principios que rigen su respectiva materia podría ser contraria a la Constitución, pero su concreción depende, como dice Gomes Canotilho,⁵⁵ de la lucha política o de los instrumentos democráticos. De esta forma sostiene que de los principios constitucionales no puede derivarse un mandato concreto de legislar, ya que el mandato concreto implica que el legislador carece de libertad en cuanto a la determinación de la necesidad del desarrollo legislativo; así por ejemplo tenemos el art. 54 de nuestra Constitución que establece que la ley regulará la aplicación y defensa de los derechos de los ancianos, o el art. 87 que establece que la Ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que afecten al medio ambiente. Hay ocasiones en las cuales el legislador queda con plena discrecionalidad, como el art. 24 numeral 3 que ordena que las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre sanciones e infracciones, en este caso se remite al legislador la regulación de una materia sin oponerle el deber de hacerlo, sino prohibiendo que esa proporcionalidad sea fijada por una norma o acto distinto de la ley, por lo que hay una cierta libertad de configuración del legislador estableciendo dicha proporcionalidad de acuerdo al desarrollo de la sociedad. Sin embargo, el mandato concreto no siempre se formula de forma expresa en la Constitución; puede encontrarse implícito en el texto constitucional, como, por ejemplo, en el caso que prohíba la existencia de una situación jurídica no querida por el constituyente, tocándole al legislador depurar el ordenamiento. Gerardo Eto Cruz agrega a este elemento el hecho de que la norma constitucional no sea exigible por sí misma, es decir, operativa o autoaplicable, sino que sea de naturaleza programática donde la inercia legislativa no es un simple silencio inocuo,⁵⁶ al contrario, un silencio de relevancia jurídica que menoscaba la Constitución.

- *La inactividad del legislador*, es decir, "...no hacer aquello a lo que de forma concreta, se estaba constitucionalmente obligado",⁵⁷ por lo que estamos ante el supuesto en el cual el legislador permanece pasivo ante el mandato de legislar, creando una situación incompatible con lo ordenado por la Constitución. Es una actitud renuente ante un deber jurídico del cual es imputable, pero debemos recordar que no nos referimos al deber general de legislar, sino a aquel concreto y específico, sea éste expreso o implícito. Para sustentar este criterio, Morón Urbina sostiene que las normas constitucionales no solo delimitan el poder constituido, impidiendo que se delegue su ejercicio, sino también pro-

55. Citado por Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", p. 52.

56. Gerardo Eto Cruz, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", p. 814.

57. Juan Morón Urbina, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", p. 461.

mueve actividades normativas sobre determinadas materias, ya sea innovando el ordenamiento o eliminando situaciones jurídicas existentes. En este sentido opina que la inactividad del legislador no es un simple “no hacer” sino un “no hacer algo que está normativamente predeterminado por el constituyente”.⁵⁸ El deber jurídico de legislar que se origina constituye una norma de conducta que se configura en el deber de complementar el ordenamiento en determinada materia; de haber una conducta pasiva no querida por el constituyente, ésta se convierte en inconstitucional por ser incompatible a la carta política.

- *El transcurso del tiempo que genera fraude constitucional*, esto en relación a si la norma constitucional ha fijado un término o no para la aprobación de la norma respectiva. El problema con el elemento temporal surge cuando el constituyente no fija un plazo para el ejercicio de la facultad normativa, el mismo que no siempre requiere que sea excesivamente largo para incurrir en el vicio. Este elemento temporal es irrelevante cuando nos hallamos ante una omisión relativa fundada en la violación del principio de igualdad. El factor temporal adquiere importancia en las omisiones legislativas vinculadas al desarrollo de mandatos concretos de legislar. En este sentido se ha incluido el concepto de “plazo razonable”; al respecto Ignacio Villaverde sostiene que “El hecho de que la Constitución no imponga plazo alguno a los cometidos encomendados al legislador, debe interpretarse, según nuestro parecer, como un permiso al legislador para que sea él quien decida el momento oportuno para realizar la encomienda... la cuestión del plazo es irrelevante para determinar si el silencio vulnera o no la Constitución...”,⁵⁹ por lo que lo relevante en la inconstitucionalidad ya no sería el tiempo transcurrido sin actividad legislativa, sino, según el autor, la creación o conservación de una situación contraria a la Constitución, criterio con el cual comparto; sin embargo, no podemos olvidar la trascendencia del transcurso del tiempo en la configuración de la omisión, pues es éste el que crea la situación inconstitucional en virtud de que no se puede separar la ausencia de la norma, del tiempo histórico en el que debería regir, el mismo que dependerá de la necesidad y oportunidad en la elaboración de la norma, por lo que la trascendencia de la omisión no podrá concebirse sin conexión con el elemento temporal. En el caso de que el plazo sea determinado en la norma constitucional en forma expresa, “...no queda otro camino que reputar inconstitucional la omisión del legislador que dejara transcurrir tal período sin proceder al cumplimiento de la obligación constitucional”.⁶⁰ Si el plazo

58. *Ibidem*, p. 464.

59. Ignacio Villaverde, *La inconstitucionalidad por omisión*, p. 44.

60. Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, p. 235.

es indeterminado hay que recurrir a las consecuencias inconstitucionales que genera.

- *La ineficacia de la voluntad del constituyente*, con lo cual se permitiría la supremacía del poder constituido, dejando en indefensión al propio texto constitucional, que entrará en un estado de inaplicabilidad que resta su eficacia y fuerza normativa. De ahí viene la pregunta: ¿de qué sirve un texto constitucional, si el poder que lo constituye es menoscabado por el poder constituido?

CLASES DE OMISIÓN LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL

Las omisiones legislativas se pueden clasificar según diferentes criterios, pero la doctrina las ha clasificado en dos grandes grupos a partir de lo propuesto por Wessel. Estos dos grandes grupos son:

- *Omisiones absolutas*: En forma general se las concibe como la “pura y simple” no emisión de la norma, que implica la ausencia total del desarrollo legal de la norma constitucional. Existe una inactividad que lesiona el deber jurídico de legislar (que genera laguna) o de depurar (que mantiene situaciones jurídicas no queridas por el legislador) el ordenamiento jurídico que defraudan la voluntad soberana del pueblo. Hernández Valle, citado por Morón Urbina, manifiesta que “...ésta se produce cuando falta todo tipo de actuación normadora, destinada a aplicar el precepto o principio constitucional. En este caso la inconstitucionalidad reside en la propia falta o insuficiencia normativa por parte del legislador para dar actuación al mandato del constituyente”.⁶¹ Villaverde señala que son silencios totales que pueden transformarse en omisiones absolutas en la medida que conserven o generen situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.
- *Omisiones relativas*: Se dan cuando el legislador al normar cierto instituto, en ejercicio de su potestad normativa, excluye supuestos o relaciones que no debían ser omitidos en atención al principio de igualdad. Este tipo de omisión surge a posteriori de la regulación normativa, es decir, la norma existe pero es insuficiente, parcial, incompleta o no idónea, ya que regula unas relaciones y no otras análogas, por lo que no cubre todos los supuestos que abarca la norma constitucional, omitiendo contenidos o previsiones que el constituyente exige que el legislador desarrolle en forma integral. Según la doctrina y la jurisprudencia, la omisión legislativa relativa se configura en tres supuestos, a

61. Juan Morón Urbina, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, p. 468.

saber: a) cuando se favorece a cierto grupos y perjudica a otros; b) cuando en forma expresa o tácita excluye a un grupo de los beneficios que da al resto; o, c) cuando al regular alguna situación, omite una condición o ingrediente esencial, sin el cual es inconstitucional. En el segundo caso, podemos hacer reparo se la exclusión es expresa por parte del legislador, ya que, de ser así, no existiría una omisión propiamente dicha, ya que hay una declaración o afirmación excluyente que resulta contraria a la Constitución. La omisión relativa supone siempre la posibilidad de control tanto por acción como por omisión por vulnerar el principio de igualdad que crea una exclusión inconstitucional.

Diferencias entre la omisión legislativa absoluta y relativa

Juan Carlos Morón identifica cuatro criterios de diferenciación entre estas dos clases de omisión: así tenemos, en primer lugar:

- *En cuanto a la diferencia conceptual:* esta diferencia radica en que, en la omisión absoluta, este silencio es el objeto mismo del control, mientras que en la relativa es el motivo para impugnar una norma positiva existente, existiendo una conexión material entre el silencio y el acto normativo.
- *En cuanto a los efectos del mecanismo de control,* encontramos que en la omisión absoluta hay una cierta renuencia para activar la intervención represiva con carácter general, por el hecho de la separación de poderes, siendo su único mecanismo de presión la opinión pública; en cambio, en la omisión relativa hay espacios más amplios para la actuación del intérprete de la norma incompleta, siendo factible acudir a los instrumentos tradicionales de control constitucional, como ocurre cuando se suprime el precepto legal o parte de él, para hacer extensible el beneficio a otras persona, o simplemente extendiendo en su sentencia el beneficio a la categoría de sujetos o casos no previstos por la ley, o también mediante una sentencia declarativa que simplemente exhorte al legislador a tomar cartas en el asunto.
- *En cuanto a la frecuencia:* indudablemente las omisiones absolutas son menos frecuentes que las relativas; estas últimas tienen más posibilidades de ser examinadas por la jurisdicción general en virtud de que la producción del derecho es la regla general, la inactividad legislativa es solo una excepción.
- *En cuanto a la posibilidad de control:* también es evidente que la posibilidad de control de las omisiones absolutas es mucho menor que el de las relativas, sobre todo basándonos en los argumentos esgrimidos en su contra en páginas anteriores; la falta de objeto procesal se constituye en el mayor problema para

configurar un control jurisdiccional seguro. En las relativas la posibilidad de control es mayor y aceptado doctrinalmente, por cuanto hay un control objetivo de la norma.

Jesús Casal también hace referencia a múltiples criterios de clasificación que a manera resumida exponemos de la siguiente manera:

- a) Según sus causas: de acuerdo a este criterio, las omisiones legislativas pueden ser de las siguientes clases:
 1. *Aquellas que se producen por mandatos concretos de legislar*, y que suponen la falta de desarrollo legal de algún precepto constitucional dentro del plazo⁶² establecido por la Constitución, o dentro del plazo razonable que se pueda deducir de las circunstancias.
 2. *Las omisiones por violación de directrices constitucionales sobre el contenido de las leyes*: se trataría de omisiones relativas, pues no habría una absoluta dejación legislativa, sino una actuación legislativa que merece ser censurada por parcial o incompleta a la luz de lo ordenado por el precepto constitucional; así, por ejemplo, la legislación sobre los pueblos y nacionalidades indígenas sería inconstitucional si no garantiza el desarrollo de la justicia indígena.
 3. *Las omisiones por incumplimiento del deber de protección de los derechos constitucionales que han sido consagrados constitucionalmente*, lo que comporta la obligación del Estado de protegerlos de las amenazas y daños que puedan sufrir por la acción de los órganos del poder público o de los particulares. A estas obligaciones constitucionales se suman las internacionales en materia de derechos humanos; en estos casos la inconstitucionalidad de la ley que regule o afecte un derecho constitucional puede derivarse del incumplimiento de ese deber de protección que frecuentemente se origina en una omisión de la ley correspondiente; con esto volvemos a la discusión si la omisión en el desarrollo legislativo de los tratados internacionales puede derivar en una omisión legislativa inconstitucional.
 4. *Las omisiones por desconocimiento del reparto constitucional de competencias*, que se da cuando el reparto de competencias constitucionalmente desarrollado por una ley no reconoce la participación de ciertos órganos, por lo que este reparto es insuficiente para articular una forma más completa de distribución de competencias.

62. Generalmente las constituciones suelen utilizar un plazo máximo y no un término, por lo que la sanción de la ley justo antes de que ese plazo venza no es indiferente para la Constitución, aunque no pueda ser tildada de inconstitucional. Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", p. 57.

5. *La omisión por vulneración del principio de igualdad*, que, como ya lo señalamos, estamos ante el caso de la omisión relativa en donde se excluye a ciertas categorías de personas o situaciones del ámbito de aplicación de un precepto, que concede algún beneficio. Esta forma de vicio ya fue concebida por la doctrina alemana con la expresión “exclusión arbitraria o discriminación de beneficio”, la cual ha sido cuestionada generalmente por sentencias de carácter declarativo de inconstitucionalidad omisiva de la ley, que remiten por entero la corrección de la inconstitucionalidad mediante sentencias aditivas o integradoras según el caso concreto.

MECANISMOS DE FISCALIZACIÓN PREVISTOS EN LA DOCTRINA Y POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE TÉCNICAS DE CONTROL EN EL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

La doctrina ha desarrollado innumerables mecanismos para fiscalizar o controlar las omisiones cuyos efectos son lesivos a la norma constitucional. El autor Gerardo Eto Cruz clasifica a los mecanismos de control en indirectos y directos, empezando por explicar los primeros en los siguientes términos:

- *La fiscalización indirecta*: se expresa a través de dos principales institutos:
 - *A través del derecho de petición*, que debe redimensionarse, “...pues de cara a la realidad el legislador podrá suplir su inercia a través de las peticiones que le soliciten las partes interesadas, dentro del marco del derecho a la participación política”;⁶³ a pesar de esto, este sigue siendo un mecanismo relativo por cuanto sigue quedando a discrecionalidad del legislador el movilizar dichas peticiones. En nuestra Constitución el derecho de petición se haya consagrado en el art. 23 num. 15, refiriéndose como el derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, sin especificar a qué clase de autoridades; dicha norma afirma que en ningún caso se lo podrá ejercer en nombre del pueblo, excluyendo ya de por sí la legitimación activa a la ciudadanía para el ejercicio de este derecho en caso de omisión legislativa.
 - *La iniciativa popular en la formación de la leyes*, que también se encuentra prevista en nuestra Constitución en el Capítulo V del Título VI, y responde a una suerte de control político dentro del marco de una democracia semidirecta. Sin embargo, estos mecanismos siguen siendo relativos en cuanto no someten del todo el arbitrio legislativo que tiene el poder consti-

63. Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, p. 819.

tuido. En última instancia quien decide la oportunidad para poner en vigencia tal o cual ley es el legislativo; la iniciativa popular tendría en este caso una suerte de coerción política a base de la presión de la opinión pública, pero carecería de coerción jurídica.

- *La fiscalización directa*: se caracteriza por implicar consecuencias más directas y reales sobre el arbitrio legislativo; ésta se expresa a través de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa que va dirigida a un pronunciamiento judicial que declare la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, y que, según la regulación de cada sistema jurídico, ordene la aprobación de la ley correspondiente en un plazo determinado, sin perjuicio de la adopción de medidas complementarias si resultara incumplido este mandato. La figura de la acción de inconstitucionalidad nació al hilo del constitucionalismo social, con el propósito de ofrecer un instrumento que permitiera verificar la observancia y el desarrollo del proyecto constitucional.

Posibilidad de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa

La posibilidad de una acción de inconstitucionalidad ha sido largamente discutida por la doctrina. Hay quienes sostienen su improcedencia tanto por razones materiales como por razones formales, pero la verdad del asunto es que no se puede concebir una jurisdicción constitucional que ejerza el control de la Carta Fundamental solo previendo el control de la inconstitucionalidad por acción, lo que resultaría de por sí incompleto y fragmentario, por lo que la única solución que la metodología del derecho nos entrega, a base de la ausencia de una normativa constitucional que la prevea, es la jurisprudencia progresista de los tribunales constitucionales, los cuales se ven obligados a construir, a base de su carácter general de garantes de la vigencia normativa de la Constitución, una garantía constitucional específica como es la acción de inconstitucionalidad por omisión. Si recordamos lo manifestado por Nava Gomar, las instituciones que salvaguardan tanto la idea de democracia como la de Constitución, comenzando por el mandato del poder constituyente, configuran los llamados medios de defensa constitucional, cuya finalidad es proteger su texto, eficacia y vigencia, pues de ello depende la observancia y eficiencia del resto del ordenamiento. Estos medios de defensa son entonces la manera que prevé la propia Constitución para mantenerse incólume. Entre estos medios tenemos las garantías constitucionales que, por dogmática constitucional, se constituyen en garantes del ordenamiento que se establece, desarrolla y aplica a partir del respecto irrestricto de los derechos fundamentales. La reina de las instituciones

para la salvaguarda de la Constitución es la Justicia Constitucional en su más amplia acepción.⁶⁴

La posibilidad de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa concebida como garantía constitucional, fuera la condición concreta para garantizar la tutela judicial efectiva⁶⁵ del ciudadano frente a las acciones u omisiones de los poderes públicos, negarla podría dinamitar este derecho, ya que lo que mueve al litigio constitucional es que el proceso no se resuelva jurídicamente en discrepancia con la norma constitucional, de ésta forma, Ma. del Carmen Blasco, citando a Zagrebelsky nos manifiesta que "...el interés que mueve al juez es aquel de la resolución del juicio de forma constitucionalmente correcta, quedando en segundo plano el interés a la eliminación de la ley inconstitucional del ordenamiento...".⁶⁶ De esta forma, se podría configurar como acción si partimos de que el interés superior de la Constitución en un Estado democrático es su plena eficacia, la misma que se vería venida a menos si no se proclama esta posibilidad. Los derechos en juego, si hacemos un ejercicio de ponderación con las normas formales de competencia, terminan haciendo prevalecer su contenido esencial sobre los formalismos. Así, autores como Gerardo Eto Cruz desarrollan presupuestos en los cuales puede manifestarse la acción de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

- *Que exista un interés constitucional tutelado o asegurado*, en este caso un interés colectivo que es el de hacer posible que los órganos constitucionales cumplan con editar la ley en cuestión, para concluir lo que dispuso el poder constituyente.
- *Que se encuentre peligrosamente amenazado el interés constitucional*, es decir, una situación normativa contraria a lo querido por el constituyente; en este caso no estamos ante una amenaza de inconstitucionalidad sino ante una violación misma de la Carta Magna, que puede perpetuarse y afectar derechos constitucionales.
- *Que haya una organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido*, en este caso se trata de la necesidad de un órgano de jurisdicción constitucional llamado a resolver la cuestión, bien

64. Salvador Nava Gomar, "El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)", pp. 27 y ss.

65. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es que se extiende el derecho al proceso con todas sus garantías, entre las que se incluye la de que se apliquen en el mismo las normas conforme a derecho. La cuestión de inconstitucionalidad opera, pues, como medio o instrumento de garantía del derecho a la tutela judicial efectiva.

66. Ma. del Carmen Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995, p. 102.

sea que se trate de un modelo difuso o concentrado, a más de otros mecanismos específicos que vinculen al legislador con el fin de no postergar la omisión inconstitucional.

Con estos presupuestos se puede ya proponer la posibilidad de un control constitucional de las omisiones legislativas a pesar de las deficiencias del constituyente al elaborar la Carta Fundamental; en nuestro caso, no otorgando en el art. 276 la competencia específica sobre las demandas de inconstitucionalidad omisiva, lo que ha afectado la real vigencia de la Constitución. Esto, en relación con el art. 119, constituye el frente de batalla de aquellos que niegan la posibilidad de control sobre casos que vulneren el Estado Constitucional de Derecho, argumentos que en la jurisprudencia comparada y mediante la utilización de varios mecanismos de interpretación han sido superadas ampliamente.

Jesús Casal enseña que “La experiencia comparada enseña que la acción específica y directa de inconstitucionalidad por omisión es solo uno de los instrumentos, no siempre adecuado, que puede emplearse para controlar los silencios del legislador. Antes o paralelamente a su reconocimiento en algunos países como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, se desarrollaron formas de control de éstas en el plano de aplicación judicial del derecho o de las vías tradicionales de control de constitucionalidad de las leyes, que siguen teniendo vigencia”.⁶⁷ En este sentido, podemos encontrar una gama de alternativas y mecanismos que compelen y sancionan la omisión lesiva, muchos de los cuales pueden ser aplicados a nuestra realidad nacional. Es importante estudiar estas posibles vías procesales y doctrinales, para que el afectado por la omisiones inconstitucionales logre un acceso efectivo a la justicia constitucional que proteja sus derechos, no para remplazar al poder legislativo y a sus funciones propias, sino para dar solución a un caso concreto partiendo de una actuación conforme a la Carta Política. Estos instrumentos jurídicos pueden ser los siguientes:

MEDIANTE INSTRUMENTOS JURÍDICOS GENERALES

- *La aplicación directa de la Constitución y la integración normativa:* este instrumento se constituye en una consecuencia de la fuerza normativa y de la supremacía de la Constitución. A partir de la Constitución de 1998 se creó una sólida conciencia sobre su fuerza normativa, pero, como lo señalamos anteriormente, siguen existiendo preceptos que, a pesar de su fuerza vinculante, siguen requiriendo la intervención del legislador para alcanzar plena eficacia. En

67. Jesús Casal, “La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas”, p. 63.

cuanto a estos es necesario, en primer lugar, construir una cultura constitucional que permita la aplicación directa de la Constitución por parte de los actores jurídicos. Cuando la Constitución no reserva al legislador la realización de ciertos temas, la omisión legislativa inconstitucional puede dejar de producir efectos mediante la aplicación mediata y directa del precepto constitucional no desarrollado. Un ejemplo claro de aplicación directa es el que nos trae la jurisprudencia española, que ha superado una omisión legislativa como el de la objeción de conciencia,⁶⁸ procurando garantizar un contenido mínimo del derecho, aplicándolo directamente; el mecanismo jurídico procesal que permitió dicha aplicación directa fue el amparo, pero éste no es el único canal idóneo para una aplicación directa; al contrario, existe la posibilidad de utilizar otros tipos de procesos para resolver casos concretos y para que el vacío legal sea llenado jurídicamente. Sin embargo, hay ocasiones en las cuales es imposible una aplicación directa de la Constitución, tal es el caso que se da en nuestro país con la implementación del sistema oral en la administración de justicia, que se ha dado de forma parcial. Aunque todos los preceptos constitucionales tienen fuerza vinculante, éstos requieren la intervención del legislador para alcanzar plena eficacia. En estas situaciones es imperante la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad por omisión, que se derivará del contenido normativo de la Carta Magna, que obviamente proscribta tales actitudes como contrarias a sus postulados.

- *La llamada jurisdicción normativa*, esto es, cubrir los vacíos normativos derivados por la omisión mediante la labor del Tribunal Constitucional, que en nuestro caso es casi imposible de concebir por la naturaleza declarativa de los fallos de nuestro tribunal, que le impiden innovar al derecho y convertirse en verdaderos creadores de normas jurídicas. Aunque de manera general parece plausible esta tendencia de la jurisprudencia constitucional a vitalizar la constitución cuando el legislador no ha actuado, pero las objeciones se han planteado por cuanto se la acusa de invadir la competencia normativa propia del legislador, pero de ninguna manera puede ser concebida como una función paralela de legislador. Así Casal sostiene que "...sin perjuicio de los aspectos creativos que posee y de su contribución decisiva a la construcción del derecho, carece de libertad política y de configuración normativa que, dentro de los límites de la Constitución, es propia del legislado".⁶⁹ En este caso la jurisdic-

68. José Julio Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 411 y ss.

69. Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", p. 71.

ción que se le atribuye al órgano de control se extralimitaría en sus potestades, al establecer criterios de efectos vinculantes con carácter general (erga omnes).

- *El control de la constitucionalidad de las leyes*: este instrumento se ha desarrollado mediante la extensión del control de constitucionalidad de lo afirmado o previsto por la ley a lo que la ley calla o silencia. Se ha aplicado, sobre todo en silencios derivados de exclusiones discriminatorias en el disfrute de ciertos beneficios y en otros casos de omisiones relativas; ante este tipo de omisiones legislativas se puede adoptar decisiones de muy variada índole como son las sentencias meramente declarativas, o a veces mediante la integración normativa, o en ocasiones mediante la extensión a ciertos sectores o situaciones no previstas, denominadas sentencias aditivas. En estos casos, la ley declarada inconstitucional puede seguir siendo aplicada o de por sí se la anula totalmente, pero siempre con la ventaja de que se le permite al legislador un mayor campo de acción para tomar una nueva decisión.
- *El recurso de interpretación constitucional*: este instrumento ha sido utilizado por la jurisprudencia venezolana, que ha implementado una acción o recurso específico de interpretación constitucional: “El contenido y alcance de esas normas vigentes, pero aún sin desarrollo legislativo, no pueden estar a la espera de acciones de amparo, de inconstitucionalidad o de la facultad revisora, por que de ser así, en la práctica tales derechos quedarían en suspenso indefinido...”, de allí que reconoce a las personas el derecho de pedir a la Corte señale el alcance normativo. De esta forma el recurso de interpretación serviría para determinar el alcance de los preceptos constitucionales que reclaman desarrollo legislativo, con lo cual se aseguraría la aplicación ordenada hasta la intervención del legislador.⁷⁰ Este criterio difícilmente podría ser aceptado por nuestro Tribunal Constitucional que, al no tener una jurisprudencia creativa, rechazaría todo tipo de recurso que tenga este fin, apoyándose en el argumento de que la Constitución únicamente puede ser interpretada con efectos vinculantes y generales por el legislador de conformidad con el art. 284 de la Carta Magna.

MEDIANTE TÉCNICAS PREVISTAS NORMATIVAMENTE O EMPLEADAS POR LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Víctor Bazán, en un análisis de derecho comparado, cita algunos criterios en los siguientes términos:

70. *Ibidem*, p. 76.

- *Aplicando la norma de un tratado o de la Constitución ante la inexistencia de la ley reglamentaria:* lo que supone recurrir a las normas de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico intentando aplicar su contenido esencial al caso concreto. Se puede dar dos casos:
 - Apelando a una fuente de derecho internacional, como, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos. En este caso el órgano jurisdiccional fijará los parámetros con que ese derecho, ya concedido por el tratado internacional, sea ejercido en el caso concreto. Aquí surge el problema de la supremacía constitucional y la jerarquía normativa de los tratados cuando existe contradicción entre ellas.
 - Recurriendo a la Constitución, como en el caso de la aplicación directa de la constitución, que tratamos en líneas anteriores. este mecanismo considera innecesario la existencia de una ley cuando se trata del ejercicio de un derecho o garantía consagrado constitucionalmente.
- *Estableciendo plazos y variantes en caso de incumplimiento.*

Fijación de plazo exclusivo, como lo hace la Constitución de Brasil que fija un plazo de 30 días si la autoridad administrativa es la omisiva; también cabe si el que fija el plazo es la jurisdicción constitucional como en el caso de la sentencia dictada por la Corte Suprema Argentina dentro de una acción de amparo citado por Víctor Bazán, en el cual urge al Poder Legislativo y Ejecutivo adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los condenados, disponiendo que sea implementado dentro del plazo de seis meses.⁷¹
- *Fijación de plazos y de lineamientos para la corrección de la omisión inconstitucional,* lo cual sería una amplísima facultad por parte del Tribunal Constitucional. Esta posibilidad la consagra la Constitución venezolana que de ser necesario establece lineamientos de corrección, es decir, parámetros que el legislador debe tomar en cuenta.
- *Fijación del plazo y ante el incumplimiento la integración del orden normativo.* En este caso actúa de dos maneras: a) fijando un plazo para que la omisión sea subsanada; y, b) integrando el orden normativo resolviendo la cuestión para un caso concreto, a través de una sentencia en la que, mediante norma individual, colma la laguna normativa existente, y, de ser el caso, determina el monto del resarcimiento por el perjuicio que se ocasione.

71. Víctor Bazán, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, p. 837.

- *Fijación de plazo y, ante el incumplimiento, autorización para la directa promulgación de la norma*, como el caso de la Constitución de la Provincia de Tucumán en la República Argentina, lo cual a mi parecer constituye una facultad demasiado amplia que menoscaba la formación técnica de la ley.
- *Autoproclamación constitucional de operatividad de los derechos y garantías*, estamos en el caso de Ecuador, en cuyo art. 18 confluye una especie de auto-declaración de operatividad de los derechos y garantías contenidos en la Carta Fundamental de los cuales deriva su justiciabilidad, por lo que ante la ausencia o insuficiencia de reglamentación por vía legal, quedarían los jueces, constitucionalmente habilitados para diseñar la vías pertinentes en orden a la efectivización del derecho o la garantía contenida en la norma constitucional en cuestión.⁷² En este sentido el art. 18 de nuestra Constitución manifiesta que: “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. (...) En materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia...”.
- *Constatación de la omisión y comunicación de tal circunstancia al órgano legislativo o competente que corresponda*, en esta situación se encuentra el modelo portugués que aprecia y verifica el incumplimiento por omisión y da conocimiento al órgano competente para hacer efectivas las normas constitucionales. Igual sistema ha utilizado la Corte Constitucional de Colombia en las sentencias números 90/92, 24/94, C-867/97, C-843/99, etc., en las cuales ha verificado la omisión legislativa, pero se ha declarado incompetente para conocer las demandas de inconstitucionalidad por omisión absoluta, sin embargo ha puesto en manifiesto que, en los casos que encontró vacíos normativos, realizó exhortaciones al legislativo para que expidiera la ley que desarrolle un canon constitucional.⁷³
- *Mediante las sentencias intermedias emitidas por las cortes o tribunales constitucionales*: Víctor Bazán entiende por sentencias intermedias aquellas expedidas por las Cortes y Tribunal Constitucional que son puramente estimatorias o desestimatorias. Así podemos encontrar a las siguientes clases de sentencias:

72. Víctor Bazán, “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, p. 839.

73. *Ibidem*, p. 840.

- *Sentencias aditivas*: son aquellas que introducen una regla directamente aplicable. Son empleadas cuando una disposición tiene un alcance normativo menor del que, constitucionalmente, debería tener. El órgano de jurisdicción constitucional interviene declarando inconstitucional la disposición en la parte en la que no prevé aquello que debería prever,⁷⁴ e introduce una carga creativa o constructiva tras las cuales el precepto legal sufre una transformación en su significación, que no se produce como simple reflejo de la sentencia que ejerce el control, sino que representa la sustancia misma del control, encaminado precisamente a dotar al precepto de un alcance normativo que inicialmente no poseía.⁷⁵
- *Sentencias aditivas de principio y sentencias de delegación*, por la cual no introducen una regla inmediatamente actuante y aplicable, sino que fijan un principio general que debe ser implementado por medio de la intervención del legislador, pero al que puede ya hacer referencia el juez ordinario en la resolución de casos concretos; es decir, fija específicamente los principios a los que se deberá atener el legislador al emanar la nueva regulación, y a la vez puede determinar plazos dentro de los cuales esta debe ser aprobada, tal como sucede en las sentencias que ha dictado la Corte Italiana.⁷⁶
- *Sentencias sustitutivas*, que se emiten con el objeto de declarar la inconstitucionalidad de una ley en la parte que prevé una determinada cuestión en vez de prever otra, reconocidas en la jurisprudencia constitucional colombiana.
- *Sentencias apelativas*, es el caso en el se emite una resolución de recomendación o exhorto al legislativo como en España y la Corte Constitucional de Colombia que citamos en líneas anteriores.
- *Mediante la transferencia de pleno derecho a otro órgano, la función no ejercida por el legislador*: generalmente ese otro órgano es el Ejecutivo. En nuestro país la Constitución prevé que el Ejecutivo, en caso de omisión dentro de los plazos, ejercerá la colegislación como si fuera un proyecto de ley con carácter de urgencia económica.
- *El retraso de la entrada en vigor de la anulación ordenada por la jurisdicción constitucional, y simple incompatibilidad sin declaración de nulidad*: este instrumento es mencionado por Víctor Bazán, cuando la inconstitucionalidad es verificada pero no declarada, o cuando aplaza en el tiempo la sentencia que de-

74. Gustavo Zagrebelsky, *La justicia constitucional*, Bolonia, El Molino, 1977, p. 298.

75. Las críticas a estas sentencias obedecen al supuesto quebrantamiento de los límites de la jurisdicción constitucional, Jesús Casal, "La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas", p. 74.

76. Víctor Bazán, "Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva", p. 841.

clara la inconstitucionalidad para darle lugar al legislador para crear la regulación, o cuando desestima la inconstitucionalidad con la verificación de la misma.⁷⁷

REFLEXIONES FINALES

Nuestra legislación prevé una solución para la omisión legislativa solo en el caso de que la norma legal sea requerida expresamente por la Constitución, señalando un plazo –que parecería perentorio– para que el legislador cumpla con su deber de legislar. El caso ecuatoriano es especialísimo, porque una de las soluciones que se ha propuesto es el que se transfiera a otro órgano la función no ejercida, como el ejemplo citado anteriormente, es decir, si el legislativo no dicta la norma, el Ejecutivo adquiere esa función y la dicta si mediar discusión, ni debate, mediante un decreto ejecutivo. En nuestro caso, lo que se transfiere es la facultad de colegislación con carácter de urgencia económica tal como lo prescribe la Disposición Transitoria Vigésimo Cuarta de la Constitución que manifiesta: “Si el Congreso Nacional no expidiere las leyes que prevé esta Constitución en el plazo en ella fijado, el Presidente de la República enviará al Congreso Nacional los correspondientes proyectos de Ley que seguirán el trámite de aquellos calificados de urgencia económica”. Como lo podemos ver, la solución propuesta por la citada disposición es evidentemente parcial, incompleta y fragmentaria, en vista de que prescribe una forma de protección al mandato del constituyente, pero que no cubre los supuestos de infracción constitucional que debería prever. No podemos dejar de lado la evidente posición conservadora del constituyente respecto al tema, y la tímida actuación del Tribunal Constitucional al encontrarse con este tipo de infracciones constitucionales.

En nuestro ordenamiento constitucional hemos encontrado determinadas normas constitucionales que, sin referirse explícitamente a la inconstitucionalidad por omisión, sugieren en su redacción un contexto normativo que permite la impugnación de tales violaciones, o por lo menos impiden un rechazo total a tal posibilidad, sobre la base de una interpretación constitucional exegética, literalista, conservadora y anquilosante. Un ejemplo de lo expresado es el art. 18 de la Constitución que, muy a pesar nuestro, no ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, que ha sido insuficiente o deficitaria en su creación.

77. *Ibidem*, p. 842.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en Víctor Bazán, coord., *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
- “Aproximación a ciertas técnicas previstas normativamente y dispensadas jurisprudencialmente en el Derecho comparado para corregir las omisiones inconstitucionales”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Blasco Soto, Ma. del Carmen, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995.
- Campos, Bidart, *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987.
- Casal, Jesús, “La protección de la Constitución frente a omisiones legislativas”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, Ciedla / Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- Eto Cruz, Gerardo, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- Ferrajoli, Luigi, “La democracia constitucional”, en Christian Curtis, comp., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.
- Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, DJC, 1999.
- Larrea Holguín, Juan, “Supremacía de la Constitución y Tratados Internacionales”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2003.
- Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, 1999.
- Nava Gomar, Salvador, “El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003.
- Rivera, José Antonio, “El amparo constitucional contra sentencias judiciales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, 2003.
- Tajadura Tejada, Javier, “Reflexiones en torno a la figura polémica: la inconstitucionalidad por omisión”, en Víctor Bazán, coord., *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, Buenos Aires, 2003.
- Villaverde, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Zagrebelsky, Gustavo, *La justicia constitucional*, Bolonia, El Molino, 1977.

Reflexiones de una jurista en crisis

María Rosario Valpuesta Fernández*

A partir de una visión positiva y constructiva del término *crisis* la autora nos introduce a su reflexión respecto al Derecho y a la función de los juristas como investigadores, operadores jurídicos e intermediadores entre la realidad social y la jurídica.

La autora analiza, además, la importancia de buscar coherencia entre el Derecho estudiado, el explicado, el aplicado, y las necesidades de la sociedad actual. Se realiza una invitación al jurista para que sea un mediador social, con voluntad de incidir en la sociedad; para ello se da cuenta del cambio de visión del Derecho que pasa por un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un Derecho de la diversidad, que repara en distintos sujetos y actividades.

Se señalan las razones que alejan al Derecho actual de los postulados tradicionales en los que asientan los juristas, concibiéndolo como un derecho de realidades problematizadas que reclaman una solución de conjunto, dentro de la globalización que da las características especiales a la realidad actual.

FORO

PRESENTACIÓN

El término *crisis* en el *Diccionario de la Real Academia* es definido como mutación importante en el desarrollo de un proceso.¹ Es decir, una inflexión en el devenir de unos hechos que puede provocar su cambio o mutación. No es pues la crisis un estado de confusión; antes al contrario, se identifica con un proceso de redefinición.

Este significado del término crisis refleja muy acertadamente la situación en la que me encuentro como jurista. Una crisis producida más por mi preocupación acerca del papel que en la actualidad deben desempeñar los juristas, que fruto de una cer-

* Catedrática de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, España.

1. Las dos primeras acepciones de la palabra crisis son: cambio brusco en el curso de una enfermedad, ya sea para mejorarse, ya sea para agravarse el paciente; y mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales.

teza de cómo deben ir las cosas en el mundo del Derecho. Una crisis que implica intercesión entre *lo que ha sido* y *lo que deberá ser*. En definitiva, una crisis que me provoca un conjunto de reflexiones acerca de la función de los juristas como intermediadores entre la realidad jurídica y la realidad social a la que la primera se dirige. En concreto, quiero hacer referencia a los juristas investigadores, aquellos que estudian el Derecho, lo interpretan, lo explican, lo definen y perfilan sus técnicas; es decir, a los estudiosos de una pretendida ciencia.

Aunque esta reflexión necesariamente llega más lejos, alcanza también a los juristas como operadores jurídicos, en la medida que en su tarea de aplicadores del Derecho –sean abogados, notarios, registradores...– contribuye a crear la práctica del Derecho que integra la realidad jurídica en una determinada sociedad.

Corresponde tanto a unos como a otros, más allá de buscar soluciones inmediatas a los problemas concretos, dar respuestas, elaborar técnicas, nociones o categorías de las que deben servirse, bien el legislador para la elaboración de las normas jurídicas, bien los juzgadores para la resolución de los conflictos. La tradicional diferenciación entre juristas teóricos y prácticos debe ser superada por un concepto más integral de la función de los profesionales del Derecho, pues los primeros, en su elaboración doctrinal, deben implicarse, por las razones que expondremos, en la búsqueda de las soluciones que demanda la sociedad actual; y los segundos deben ser conscientes que las respuestas actuales requieren de un replanteamiento de los instrumentos jurídicos tradicionales.

En última instancia, la reflexión que se propone alcanza al mismo Derecho positivo y a su capacidad para resolver los problemas que acucian a las sociedades contemporáneas. Un Derecho positivo que necesita más que nunca de las aportaciones de los juristas: que abran ventanas, señalen caminos, fijen criterios por los que se puedan vislumbrar las nuevas soluciones.

Y en este sentido percibo un importante desencuentro entre el Derecho que estudiamos, el Derecho que explicamos, el Derecho que aplicamos y las necesidades de la sociedad actual.

En efecto, hasta ahora hemos creído ser intérpretes de un conjunto normativo que obedece a unos principios claramente identificables, y hemos desarrollado nuestra tarea conforme a una técnica depurada que se nos antoja insuperable por su misma perfección y armonía. Las convulsiones, los cambios, provocados o reclamados por la sociedad, cuando se produjeron, terminaron por admitirse porque el Derecho los asumía, evolucionando desde sí mismo, desplegando soluciones que encajaban o se ajustaban al sistema jurídico. Pero puede ser que en la actualidad nos encontremos ante algo más: ante una avalancha de problemas que reclaman otras soluciones jurídicas en una sociedad en transformación, para los que no tengamos instrumentos jurídicos

adecuados para elaborar las respuestas más acertadas, y de lo que ni siquiera, quizás, seamos conscientes.

La certeza –que acaso nunca se tuvo, pero que se creía tener– de un Derecho que discurría por unos derroteros fijos, exactos, porque no podían ser otros, se tambalea ahora ante una serie de fenómenos que desbordan las previsiones jurídicas. Y, frente a ello, los juristas se limitan a explicar la realidad jurídica tal como la ven, con los mismos criterios, con las mismas técnicas, con los mismos conceptos o dogmas en los que se formaron, renunciando a cualquier intento no ya de transformación sino de adaptación a un mundo que reclama otro tipo de soluciones. Una realidad que todavía es observada desde la parcialidad de nuestros específicos conocimientos, y cuyo estudio diseccionamos conforme a una división académica de las distintas ciencias: la Historia, la Economía, la Sociología, el Derecho... Y en lo que concierne a la ciencia del Derecho, desde las diferentes ramas jurídicas: Derecho civil, Derecho administrativo, Derecho penal...

Y en este contexto parece que los problemas que acucian a nuestro mundo se escapan por las rendijas del saber jurídico tradicional. Se pierden en un Derecho afincado en una técnica y en unos principios que a fuerza de rigidez han provocado estas grietas, por lo demás perfectamente visibles.

Y es que el jurista, como investigador, como operador jurídico, no puede renunciar al papel que le corresponde de mediador social, con voluntad de incidir en la realidad, ofreciendo los instrumentos más adecuados para la realización de la justicia, conforme a las aspiraciones de la sociedad que le ha tocado vivir. Un papel que ha de ser más relevante en el momento actual, por cuanto se ha acentuado el desencuentro entre una sociedad que evoluciona aceleradamente y un Derecho que parece ir a remolque de los acontecimientos.

Ahora bien, este desencuentro entre el cambio social y el orden jurídico preestablecido, que provoca una sensación de crisis, no puede decirse que sea un fenómeno propio de nuestra contemporaneidad. Antes al contrario, se puede afirmar que la tensión entre la realidad y el Derecho ha sido una constante histórica, como lo refleja la historiografía jurídica. Si nos situamos en el momento de la elaboración de los Códigos decimonónicos, de la identificación de estos textos normativos con el ideario político y social que los impulsó, pudo deducirse una sintonía entre la realidad normativa y la realidad social. Pero ésta, en todo caso, se dio en el *instante revolucionario*, y se desvaneció cuando las fuerzas que lo impulsaron se diluyeron en los acontecimientos posteriores. Por ello, superado dicho momento, surge una permanente tensión entre una realidad que cambia y evoluciona y un Derecho que quiere atrapar esa realidad. En consecuencia, no podemos considerar a la situación actual como única, pero sí, al menos, como una situación *singular* de desencuentro con el Derecho aplicable.

DE LA IGUALDAD FORMAL A LA IGUALDAD REAL

Una de las razones que nos permite afirmar la singularidad de la situación actual estriba en que los cambios sociales, y las aspiraciones que derivan de dichos cambios, no son ajenas al Derecho. Estos no se nos presentan en la actualidad como resultado de un fenómeno extrajurídico, podríamos afirmar, que reclama su reconocimiento por el Derecho, porque ello ya ocurrió, concretamente con la aprobación de lo que se ha dado en llamar las Constituciones sociales. La singularidad que apreciamos en la situación actual estriba precisamente en el desencuentro entre el Derecho que aplicamos y el que se recoge y se desprende del máximo cuerpo legal: el texto constitucional. Porque este texto constitucional ha plasmado los postulados del Estado social y democrático, forjando un nuevo concepto de ciudadanía, que no de ciudadano, entendida ésta como una construcción política que debe asegurar a todas y a todos los bienes necesarios de la dignidad humana, al mismo tiempo que los convierte en participantes activos de la sociedad a la que pertenecen.

Un cambio que se produjo en la instancia constitucional y que podemos sintetizar en el paso de la igualdad formal a la igualdad real.

Ahora bien, no nos planteamos en este momento cómo el legislador ha recibido ese cambio. Lo que nos preguntamos aquí y ahora es si los juristas como investigadores o como operadores del Derecho han percibido la trascendencia del paso de un modelo constitucional a otro, en las nociones que manejan, en las técnicas que utilizan, en las soluciones que aportan.

Y la pregunta va dirigida más específicamente a los civilistas pues, con independencia de mi condición de estudiosa de esta rama del Derecho, han sido éstos los que han desempeñado un papel nuclear en la construcción de la ciencia del Derecho; y precisamente lo han hecho desde unos postulados constitucionales aquellos que en su momento proclamaron la igualdad formal de todos los hombres. Por ello debemos ser más conscientes del cambio que supone para la interpretación y la aplicación del ordenamiento jurídico el paso de esa igualdad formal a la igualdad real o sustancial que proclama nuestra actual Constitución.

En efecto, fueron los códigos civiles los que suministraron el conjunto de herramientas jurídicas que permitió en su momento la consagración normativa de los ideales revolucionarios, entre los que se encontraban la igualdad y la libertad. Valores que terminaron resolviéndose en un conjunto normativo llamado Código y que sintetizó el cambio revolucionario asentado en la verdad formal de que todos los hombres son libres e iguales. Sobre la base de esa igualdad formal se delineaba un solo modelo de ciudadano, un solo tipo de propiedad, una misma edad para la mayoría de edad, un

solo modelo de familia... En ese momento la superación del particularismo jurídico que se manifestaba en los diferentes estatus de la persona, y de ahí en distintos tipos de derechos según la concreta posición que se ocupara en la escala social y jurídica, como correspondía a una sociedad estamental, era una aspiración realmente revolucionaria, y la uniformidad de las categorías una necesaria consecuencia. La aspiración más significativa del cambio revolucionario era la proclamación de un único sujeto de derecho al que se le aplicaba un mismo régimen jurídico.

Junto a ello se configuró un modelo de relaciones económicas que se desenvolvía a impulsos propios, justificado en la quimera de que era la persona, conocedora de sus intereses, la que mejor podía defenderlos; un modelo cuya expresión se sintetizó en la conocida frase *laisser faire, laisser passer*, destinada al Estado, que no era más que el diseño de un capitalismo que requería de libertad para su propia expansión.

Así pues, se consagró un Derecho de la uniformidad, que en el plano doctrinal encontró su más señera elaboración en la dogmática de la pandestística alemana, que nos suministró un perfecto edificio conceptual, armónico y sistemático, con que explicar el conjunto normativo; todo ello con una técnica depurada para la aplicación del Derecho. Como ejemplo paradigmático está el negocio jurídico, que como superestructura conceptual resumía las notas comunes de las distintas expresiones de la autonomía de voluntad; bajo ese paraguas se intentaba encajar, no sin cierta dificultad, los concretos negocios que más específicamente regulaba el ordenamiento. Así se juxtaponían actuaciones tan dispares como la contratación de bienes y servicios, la realización de un testamento o la celebración de un matrimonio, sin tener en cuenta que cada uno de ellos respondía o amparaba intereses muy diferentes. Lo importante era el encaje dogmático en un mundo conceptual, que se nos revelaba como la expresión más perfecta de la ciencia del Derecho. Igualmente, se perfilaron otras categorías generales, como la de la relación jurídica, en la que se subsumía la relación obligatoria o el Derecho real, con independencia del contenido concreto de cada una de estas relaciones y los intereses a los que respondían. O se construyó, fiel al dictado revolucionario original, un único tipo de propiedad, que abarcaba bienes tan diferentes como el fundo agrícola, el solar urbano, el bien mueble o la creación intelectual.

El método categórico penetró de tal manera en el Derecho que se impuso a su propia elaboración. Ello a pesar de un sin fin de posiciones filosóficas del Derecho que querían introducir en el mismo otro tipo de valoraciones, fueran éstas sociales o políticas, y proponer, en consecuencia, otra manera de explicar el Derecho. Posiciones doctrinales de las que podemos apreciar un pálido reflejo en alguna que otra institución, como la función social referida a la propiedad o el abuso del derecho...

Pero la tensión se puso enseguida de manifiesto; una tensión entre una realidad social que se negaba a ser atrapada y un Derecho que pensaba que había cerrado pá-

gina con la historia. Una tensión provocada por los grandes movimientos sociales y políticos que surgen a partir del siglo XIX; unos movimientos que se pueden sintetizar, aún a riesgo de su simplificación, en la idea, defendida por todos, de la defensa de la igualdad real, lo que implicaba colocar a determinados colectivos en posición de libertad efectiva. Ello exigía una intervención del Estado que suministrara los suficientes instrumentos con los que se pudieran defender: caía el dogma liberal del Estado no interventor. Y uno de estos instrumentos fue sin duda la elaboración de textos legales que imponían conductas con una clara orientación social: legislación laboral, de arrendamientos rústicos y urbanos, de propiedades especiales como la urbana, la rústica... Estos cambios se explicaban de manera que el sistema jurídico no se resintiera. Así, se recurría a clasificar los diferentes cuerpos normativos en comunes y especiales, en normales y excepcionales, con lo que las piezas volvían a encajar. Se distinguía entre libertad de contratar y libertad de fijar el contenido contractual. Se utilizaba, entre otros recursos, los términos de límites y limitaciones para explicar los regímenes específicos de algunas propiedades.

Es de todos conocido, por lo que no vamos a detenernos en ello, el fenómeno de la dispersión normativa producida al surgir leyes al margen de los textos codificados, lo que ha llevado a hablar de la descodificación, que, en palabras de Irti, implica la existencia de microcosmos jurídicos que se crean a impulsos de principios constitucionales.

Sin embargo, al margen de esta explicación más técnica, lo que surge a impulsos de las constituciones sociales es el *Derecho de la diversidad*: aquél que diferencia al trabajador del arrendatario, y a éste del consumidor, pero también el que tiene en cuenta a la mujer, al discapacitado, al niño o al adolescente, e, incluso, al que contempla a la persona como demandante del derecho a la educación, a la salud, o a una vivienda digna, por poner algunos ejemplos. Y, aún más, aquel que debe regular lo que se ha llamado la protección de los intereses difusos, ligados a la calidad de vida del ser humano, como pueden ser los que están presentes en la preservación del medio ambiente, realidades intangibles y poliédricas que alcanzan transversalmente a todas las ramas del Derecho.

Se pasa, así pues, de un Derecho de la uniformidad, típico del Estado liberal, a un Derecho de la diversidad; de una diversidad muy dispar, que repara en distintos sujetos del derecho, pero que también se detiene en la regulación de determinadas actividades, a las que contempla como un conjunto problematizado para darles soluciones unitarias. En este sentido son muy significativas La Ley General de Sanidad o la más reciente de los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, por poner algunos ejemplos.

Frente a esta explosión de la diversidad se multiplican los regímenes jurídicos, y al Derecho le estallan las costuras.

Son varias las razones que alejan a este Derecho actual de los postulados tradicionales en los que se asientan los juristas.

1. La diversificación de los regímenes jurídicos, de tal manera que junto a un cuerpo jurídico básico, como puede ser el Código civil, surgen otros conjuntos normativos. Y esta realidad ya no es posible explicarla desde la dialéctica del Derecho especial frente al Derecho común, o la del Derecho excepcional respecto el Derecho normal, pues este planteamiento partía precisamente de la estabilidad y permanencia de ese Derecho común o normal que era el que representaba la composición de intereses generalizada en una determinada sociedad, y eso es lo que precisamente está en cuestión. En efecto, cuando se analizan las normas relativas a los consumidores, resulta difícil mantener, como hizo Irti en su momento, que el Derecho especial resulta como una avanzadilla del Derecho común, que sin traición a sus principios da solución a una realidad emergente, pero que en última instancia está llamado a ser subsumido por el segundo dentro de sus reglas generales. Resulta que esa realidad que llamamos consumo se ha instalado con unas reglas propias por exigencia constitucional, y sean las actuales las soluciones que se impongan, o sean otras que en el futuro se perfilen como más eficaces, lo cierto es que el Estado tiene la obligación de su defensa bajo los parámetros de las exigencias constitucionales, que no están en el Código civil.

Del mismo modo, no se puede analizar estos conjuntos normativos desde la perspectiva de su excepcionalidad, pues ello implica, de entrada, la vigencia como medida de normalidad de las disposiciones del Código, y no cabe duda que el conjunto de disposiciones de los Códigos decimonónicos no representan en la actualidad todo el conjunto de valores que se desprenden de las Constituciones sociales. A no ser que entendamos a dicho Código como un conjunto de reglas más o menos asépticas que suministran instrumentos de primer orden para la resolución de los conflictos, sea éstos cuales sean. Es decir, que constituyen el arquetipo técnico a utilizar en la resolución de los problemas que aquejan a la sociedad actual, tributario de una dogmática conceptual aún vigente. Esto nos lleva a la segunda cuestión que queremos plantear.

2. Estas realidades no emergen al mundo del Derecho exclusivamente porque responden a situaciones que al ser nuevas no se pudieron contemplar en su momento, cosa que ocurre con el desarrollo tecnológico y sus consecuencias en las relaciones económicas y sociales. Se imponen jurídicamente porque hay una exigencia constitucional que requiere la protección de los derechos de determinados colectivos y que ésta se haga en términos de efectividad social. Esta imposición reclama una técnica jurídica que no tiene que coincidir con la tradicionalmente empleada para la protección de esos intereses, precisamente porque la protección que ahora se reclama o se

exige requiere otro tipo de eficiencia. Pongamos por ejemplo, de nuevo en materia de consumidores, cómo en la regulación de la responsabilidad por los daños se mezclan la llamada responsabilidad contractual y extracontractual: la necesaria reparación del daño al consumidor en la composición de intereses que se quiere defender, en la que el consumidor, parte débil de la relación, debe ser en todo caso reparado, exige superar una diferenciación entre estas dos categorías técnicas, en la búsqueda de una única solución que sea eficaz. O pongamos el caso de la responsabilidad punitiva que se maneja en el Derecho norteamericano, que no responde al significado que le hemos dado a la responsabilidad extracontractual, por mucho que ésta haya avanzado desde una posición subjetivista a una objetiva.

Podemos reparar también cómo las tradicionales categorías de la ineficacia o de invalidez, sea cual sea la posición doctrinal que se mantenga, también se expanden más allá de sus límites normales. Se recurre a ellas en función de la eficacia que se quiere conseguir, y no de acuerdo con los criterios técnicos que la diferenciaban según la causa que motivaba la quiebra contractual, fuera invalidez o incumplimiento. Así, podemos comprobar cómo el tratamiento jurídico de la información que el empresario de un producto de aprovechamiento por turno debe suministrar, no se coloca exclusivamente en la órbita de la formación de la voluntad del consumidor, de tal manera que una defectuosa información nos llevaría a los vicios del consentimiento, es decir, al error que pueda padecer el adquirente consumidor, sino que se coloca en la del cumplimiento de una obligación –la entrega del folleto informativo– cuyo incumplimiento produce la resolución de la relación obligatoria; así se huye de la esencialidad y excusabilidad del error y su prueba por el consumidor, por entender que la eficacia de la disciplina de la resolución por incumplimiento protege más eficazmente los intereses de la parte débil de la relación. En un sentido muy parecido, podemos constatar cómo la regla del art. 1256 del Código, que impide que se pueda dejar al arbitrio de una de las partes en la relación obligatoria el cumplimiento de la misma, se debilita ante los cada vez más frecuentes supuestos de desistimiento en la regulación de los contratos que celebran los consumidores; o, cómo el justo equilibrio de prestaciones que se requiere en los contratos celebrados por los consumidores da al traste con el principio afincado en el Código civil que impide la rescisión por lesión fuera de los contratos celebrados por los tutores o por los representantes de los ausentes. O, finalmente, cómo las exigencias formales en la regulación más reciente de algunos contratos vacían de contenido el paradigma de la libertad formal consagrado en el Código.

3. Resulta además que esta legislación, al margen de los textos codificados, ya no se refiere exclusivamente a las materias propias de cada uno de ellos, sino que recaen sobre realidades sociales en toda su complejidad, involucrando a las distintas ramas del Derecho. Lo que se pretende es dar una solución unitaria a la problemática que plantean estas realidades, con lo que cada vez son más frecuentes las leyes generales

referidas a un determinado sujeto, a una concreta materia, a los que se le quiere dar una solución de conjunto, combinando diferentes instrumentos jurídicos, con independencia de la rama del Derecho a los que pertenecen. Ello lo podemos comprobar con la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, o la Ley de Protección del Menor, en las que se mezclan normas civiles, administrativas... El mismo fenómeno se ha producido, hasta convertirse en una constante, en los más recientes textos sobre algunas modalidades contractuales, que abordan los distintos aspectos, civiles y administrativos... Así, la Ley reguladora de los Viajes Combinados.

Vemos pues cómo el Derecho tiende a ser cada vez más un Derecho de realidades problematizadas, que reclaman una solución de conjunto. Las reglas generales, las nociones amplias, las categorías abstractas, están siendo sustituidas por textos generales relativamente extensos, referidos a una realidad social concreta, que recogen el conjunto de soluciones para esa parcela de las relaciones sociales que se quiere regular. Y es en la valoración de estas soluciones donde acaso comprobamos que la tradicional diferencia entre las medidas civiles o administrativas, o de éstas con las judiciales, por ejemplo, se diluyen en aras a dar respuestas efectivas a los intereses en liza. Lo que podemos comprobar respecto a los instrumentos de protección del menor que legitiman a la Administración para intervenir en su defensa, mediante la declaración de desamparo, y asumir incluso la tutela sobre el mismo. O también, ahora en Derecho de los consumidores, como la defensa por parte de la Administración de los intereses de éstos se revela más efectiva que vía judicial. Una efectividad que se intenta conseguir en ese híbrido que es el arbitraje institucional.

Desde esta perspectiva, no podemos enfrentarnos a las situaciones desde la parcialidad de nuestros conocimientos, desde la división del Derecho, sino desde su globalidad. Esta posición, además, permite enjuiciar y valorar la respuesta del legislador a una determinada problemática. Así, en la actualidad, la comprensión del Derecho de familia requiere tener presente la regulación de las distintas relaciones familiares por el Derecho civil, pero también las medidas de protección que se adoptan en otros ámbitos normativos, como las prestaciones de la seguridad social, la normativa laboral de conciliación de la vida familiar o laboral, las más específicas que se refieren a la mujer trabajadora, el tratamiento fiscal de la renta familiar y las ayudas que en este plano se establezcan, las normas procesales que encauzan los litigios sobre la familia, entre otros muchos casos.

Pues solo así, desde esta perspectiva de conjunto, se pueden ofrecer soluciones a los problemas concretos que se plantea el profesional, al mismo tiempo que se puede enjuiciar cómo se cumple el imperativo constitucional de protección a la familia. Y hay que ir incluso más lejos: los juristas investigadores deben tener en cuenta otras posibles disciplinas que le ayuden a comprender el fenómeno en estudio. En este sentido, y volviendo al Derecho de familia, se debe contar, por ejemplo, con las aporta-

ciones de la sociología, pues ella nos permite identificar, por ejemplo, una realidad familiar, la familia monoparental, que requiere un concreto tratamiento; también de la antropología o de la historia.

En efecto, las situaciones jurídicas que integran este modelo familiar, aquel que está formado por un padre o una madre e hijos menores a su cargo, están perfectamente delimitadas en la normativa civil: la viudedad, la separación o el divorcio, la maternidad... Solo cuando desde la sociología se identifican todos estos supuestos en un modelo social que presenta unas específicas necesidades, percibimos la realidad del problema, y se está en condiciones de buscar soluciones y valorar las existentes. Concretamente nos encontramos ante un tipo familiar más empobrecido y muy feminizado que requiere una protección específica del Estado. Un planteamiento parecido se puede hacer respecto al derecho de sucesiones, pues la reglamentación del Código hay que completarla con las disposiciones fiscales, las prestaciones sociales que se transmiten o se crean por el hecho de la muerte, los seguros que se contratan... Y acaso comprobemos que en este conjunto de medidas las soluciones del Código ya no corresponde a una realidad en la que la transmisión o el nacimiento de derechos para los herederos discurren por otros cauces más interesantes.

4. Esta situación de desencuentro resulta aún más llamativa si atendemos a los derechos sociales que consagran las nuevas constituciones, pues resulta que carecemos de instrumentos jurídicos que los hagan plenamente eficaces. En efecto, partiendo del esquema conceptual y normativo del derecho subjetivo de propiedad, no planteé problemas la formulación de los derechos liberales, en cuanto espacios de poder reservados a los ciudadanos, cuya delimitación se hacía frente al Estado intromisor, y con los límites que exigía el derecho de los demás. Siendo así que esta formulación se convierte en garante de la democracia, de tal manera que la negación de la categoría del derecho subjetivo implica precisamente la anulación de ciudadano frente al Estado, como podemos comprobar en todas las formulaciones filosóficas que sirvieron de soporte a modelos autoritarios. Por ello, la perspectiva social que, desde otros planteamientos políticos, se le quiere imprimir al modelo económico se tiene que resolver en el mismo seno del derecho subjetivo, proclamando su función social e incorporando otras técnicas. Esta solución nos sigue situando en el plano jurídico del derecho subjetivo, de la situación de poder del individuo, del abanico de facultades que su titular puede ejercitar sin ningún tipo de intermediación. Un conjunto de facultades que se reafirmaban frente al Estado, y que ahora requieren también su protección frente a los agentes económicos y sociales. Y no sin gran dificultad se ha reconocido su eficacia en este plano, como es sabido, a través de la denominada *Drittwirkung*, en la que la doctrina alemana ha justificado tal protección en las decisiones de juzgador, la famosa finta, no reconociendo directamente la posibilidad de amparo frente a esos agentes económicos y sociales, como debería ser en un tiempo en el que las

constantes privatizaciones de servicios esenciales han *deslocalizado* la realización de funciones que deberían desempeñar los poderes públicos.

Ahora bien, cuando el derecho que se formula requiere para su realización de un contenido prestacional, como ocurre con el derecho a la vivienda, a la salud, o la protección que se exige a la familia, resulta que el esquema no nos sirve, y no encontramos solución. El imperativo constitucional, se dice, tiene que ser desarrollado por el legislador para que podamos visualizar el instrumento concreto de protección de estos derechos, y mientras ello ocurre, estos derechos duermen el sueño de los justos. La indefinición constitucional del contenido concreto de esa prestación, impide que se pueda aplicar el esquema de la relación obligatoria que requiere un objeto cierto y determinado, por lo que la técnica tradicional no nos sirve, no nos aporta soluciones. Pero, ¿es ésta técnica insalvable o debemos definir otras?

La situación descrita puede tener una importante consecuencia. El jurista, estudioso del Derecho, seguro en su técnica tradicional, a la par que se puede convertir en una rémora para el avance de soluciones jurídicas más acordes con la realidad, puede sufrir un proceso de alejamiento de esa misma realidad, con lo que se puede convertir en un personaje extraño, distante de la sociedad a la que debe servir. El jurista, aplicador del derecho, puede perder importantes oportunidades de aportar soluciones, las que podría vislumbrar desde una reinterpretación menos atada a la técnica tradicional.

Y, entre tanto, la tozuda realidad sigue demandando soluciones. Es por ello que los jueces, impelidos por las demandas de los ciudadanos, tienen que improvisar a veces respuestas para cubrir vacíos normativos, para adaptar las disposiciones a la realidad social, e, incluso, hacer interpretaciones correctoras de las normas que han quedado desfasadas respecto al momento actual. Esta no puede ser la solución, o la única solución, pues no se debe configurar la ciencia del derecho a impulsos de soluciones concretas, con la extensión de unos fundamentos jurídicos, que no permiten una exposición detallada del discurso jurídico, más propio de una investigación.

Y aún hay más: este protagonismo de la jurisprudencia en la creación del Derecho altera notablemente el sistema de fuentes de nuestro modelo jurídico, que se asienta en la división de poderes diseñado en nuestra Constitución.

EL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

Otro de los fenómenos que imprimen singularidad al momento actual es sin duda la globalización. La llamada globalización se nos representa como el acontecimiento o, mejor dicho, el fenómeno más importante que marca el tiempo contemporáneo. Una globalización, se dice, que supera fronteras e internacionaliza las relaciones; una

globalización, en definitiva, que a todos alcanza. Participamos del sentimiento de lo universal, y de pronto nuestra sociedad y nuestro mundo nos parecen más abarcables, y nos sentimos actores de un escenario global. Todo ello unido a un sentimiento común de progreso, que se nos antoja imparabile.

Resulta que esta globalización o, mejor dicho, esta mal llamada globalización, se inicia o se produce por un avance tecnológico que me atrevo a calificar de trascendental, el de las nuevas tecnologías de la información que permiten que ésta se pueda transmitir en tiempo real de un punto del planeta a otro. A partir de ese momento se superan los límites de tiempo y espacio y es posible abarcar desde un solo punto a todo el planeta. Aunque lógicamente ello solo será realizable cuando en todo lugar se cuente con los medios tecnológicos adecuados. Por ello la globalización real es selectiva, porque alcanza únicamente a los que pueden acceder a este tipo de recursos tecnológicos; y excluyente, porque impide participar a los que no se encuentran en esa situación.

Y esta globalización ha venido de la mano de las grandes empresas que actúan en los distintos puntos de interés económico, que son los mercados financieros, produciendo como consecuencia de este protagonismo que el discurso económico se adelante al discurso político, hasta llegar a veces a sustituirlo. Un discurso económico que se impone por un poder financiero y especulativo que cifra su riqueza en el dominio de la información y el control del conocimiento. El modelo económico se aleja pues de la economía productiva para modelarse en torno a bienes intangibles que se deslizan por circuitos también intangibles, muy distintos de los cauces tradicionales del tráfico de mercancías. Estas se producen en paraísos laborales, lejos de los centros de decisión empresarial, cambiando su ubicación conforme se va endureciendo la legislación, consecuencia de las reclamaciones de los trabajadores.

Y en todo este proceso, el ciudadano medio, a la par que se le ensancha el horizonte al que mirar, pierde de vista a sus interlocutores económicos y, también, políticos. El mundo de lo global, con la internacionalización de las relaciones, aleja al ciudadano de los centros de toma de decisión, sea ésta política o económica, y éste vuelve su mirada a lo local. Doble plano en el que se desenvuelve el conjunto de preocupaciones que afecta al ciudadano.

Este ciudadano, a la par que se cree ciudadano del mundo, se siente inerme, y reclama seguridad; una seguridad que ya no se define exclusivamente frente al Estado, frente a la acción política del mismo, a la manera burguesa o liberal, sino también frente a los grandes actores económicos, reclamando instancias políticas internacionales que le protejan.

En la dispersión de los distintos derechos nacionales se pierde o se diluye esa seguridad. Hay que construir instrumentos jurídicos supranacionales que se puedan

ejercer frente a los actores internacionales. Se requiere de soluciones unitarias que se han de dar en el plano internacional.

Ante este fenómeno el jurista actual no puede quedar impasible, por cuanto las consecuencias jurídicas de la globalización se están iniciando, debiendo ser protagonista activo del cambio que se avecina.

De entrada, su realidad jurídica ha sido invadida, penetrada, por otras realidades que debe conocer; el Derecho comparado se ha convertido en una disciplina ineludible si queremos afrontar con eficacia la resolución de conflictos que superan las fronteras políticas.

Aún más, ya no puede visualizar el Derecho a la manera tradicional de conjuntos de sistemas jurídicos nacionales que se relacionan transversalmente a través de la técnica propia del Derecho internacional privado. Pues resulta que esos sistemas se están acercando, se están moviendo a la manera de placas continentales que se deslizan. Y lo que está en juego no es la solución específica que cada ordenamiento da a un determinado supuesto: lo que está en liza es la prevalencia de una u otra cultura jurídica, concretamente la que representa el civil law o el common law, pues son éstas las que han asumido el protagonismo de la mano de los actores políticos y económicos, que son preeminentes. Y resulta que cada cultura jurídica tiene una percepción diferente de los intereses en juego, que revela su propia concepción del mundo que le rodea y los valores que deben imperar.

Y en este punto ha sido precisamente el mercado, como punta de lanza del proceso de globalización, el primero que ha buscado este tipo de soluciones, desarrollando una *lex mercatoria* de ámbito internacional para dar seguridad a sus transacciones, extendiendo los criterios de las grandes empresas a fin de garantizar su preeminencia en los distintos mercados, criterios que en última instancia no son sino los de las grandes firmas de abogado y los de las cortes de arbitrajes, lo que supone una crisis más del Estado al tener los jueces que aceptar los laudos de esta últimas.

El protagonismo de estos actores económicos es el que está marcando el proceso de globalización, pues son las instancias internacionales de contenido económico, las que desenvuelven, en gran medida, las relaciones internacionales y, lo que es aún más revelador de cuanto se ha dicho, la política interna de los estados. Me estoy refiriendo al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial del Comercio, la OCDE; o a la Uncitral, que impulsa la unificación del Derecho mercantil. Frente a ellos palidecen la OIT, la FAO, la Unesco... Y está por ver qué eficacia tendrá el Tribunal Penal Internacional.

El reto al que nos enfrentamos debe ser el de construir instancias políticas internacionales que asuman, frente a los grandes agentes económicos, la protección de los ciudadanos, sustituyendo el discurso del mercado por el discurso político. Organismos-

mos internacionales que cuenten con instrumentos jurídicos eficaces a fin de hacer realidad lo que proclaman los más importantes convenios internacionales.

En este sentido, los procesos de integración regional, como el de la Unión Europea, pueden ser una primera instancia de la construcción de un orden jurídico nuevo, pero para ello se requiere que se avance en la conformación política de su ciudadanía, y superar su inicial identificación con espacios de mercados de libre circulación de bienes y de personas. Pero estos procesos son parciales, afectan a determinados países y no corrigen la desigualdad existente entre las distintas zonas del mundo.

Por su parte, el Estado como ámbito político por excelencia que identifica la condición de ciudadanía está siendo superado por una globalización que resulta ya imparable. El trasvase de competencias a los organismos supranacionales merman notablemente la idea de soberanía en la que se asienta; y el ciudadano inseguro vuelve su mirada a lo cercano: a lo regional, a lo local.

Ahora bien, el ámbito de lo regional o lo local no se puede definir desde una posición de inseguridad que lleva a buscar a los iguales, a delimitar a los semejantes, porque esa búsqueda conduce a procesos de exclusión, a localismos ciegos o a nacionalismos trasnochados. El ámbito de lo local o de lo regional se ha de identificar con la escala política adecuada para resolver los problemas que aquejan al ciudadano y atender a sus necesidades. Un ciudadano que entiende cada vez menos de distribución de competencias entre las distintas instancias políticas, que desconoce la diferencia entre una competencia exclusiva o compartida, pero que tiene muy claro que ese poder político al que puede identificar es el que tiene que atenderle en sus necesidades. Por ello, la distribución de lo que deba hacer el Estado, la Comunidad autónoma o el municipio es una cuestión de escala, de dimensión para que la protección o la atención pueda ser eficaz. Y desde esa perspectiva se deben resolver las relaciones entre las diferentes instancias políticas y de éstas con el ciudadano. Con ese criterio se ha de abordar la relectura o repensamiento del Estado de las Autonomías, o se ha de llevar a cabo el tan demandado pacto por lo local.

En definitiva se trata de construir espacios nuevos para un ciudadano que percibe que se tambalea el mundo que conocía.

Y en todo esto las nuevas tecnologías de la información, impulsoras de esta globalización, siguen su carrera imparable en un desarrollo cuyas consecuencias no podemos predecir, pero que de entrada nos han situado en un plano diferente, en el plano de lo intangible, en el plano de lo virtual, aunque tremendamente real. ¿Está el Derecho que conocemos preparado para regularlas? ¿Estamos los juristas preparados para afrontarlas?

La interpretación y aplicación de los tratados en materia tributaria

José Vicente Troya Jaramillo*

El trabajo analiza la interpretación y aplicación de los tratados internacionales en materia tributaria así como lo atinente a su abusiva utilización. Para cumplir con el primer propósito examina las normas generales sobre la interpretación de los tratados de la Convención de Viena de 1969 a la cual adhirió el país en 2003. El aporte principal radica en el señalamiento y comentario de las disposiciones de la Convención que son aplicables para la interpretación de las convenciones tributarias internacionales y particularmente a las que se suscriben a fin de evitar la doble imposición. Para cumplir con el segundo analiza los casos en que los sujetos se aprovechan de los beneficios de los convenios sin que los mismos les sean aplicables. Singularmente alude a los denominados *treaty shopping* y a los comentarios de la OCDE sobre este tema.

FORO

EL RÉGIMEN GENERAL DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Según sabiamente anota el profesor Ottmar Bühler¹ entre las fuentes del Derecho Internacional Tributario, DIT, se encuentran, siguiendo las normas contenidas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las convenciones internacionales. Alude también a otras fuentes como la costumbre la que, a su parecer, tiene menos importancia para el DIT, a los principios generales del derecho, a la equidad, a los fallos judiciales y a la doctrina. Se refiere también a las normas y a la jurisprudencia nacionales que regulan el DIT. Débese recordar que, de acuerdo a la Constitución Política del Ecuador de 1998, los tratados o convenciones internacionales son fuente de derecho y prevalecen sobre las leyes y otras normas (art. 163).

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

1. Ottmar Bühler, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Madrid, Derecho Financiero, 1968, pp. 49 y ss.

Dentro del DIT, sin ser los únicos, destacan los convenios sobre la doble imposición CDI, por lo que este trabajo concierne, de manera general, a la interpretación y aplicación de los tratados que son fuente del DIT, aunque pone especial énfasis en los CDI. Estos extremos, en tratándose de las normas nacionales, decurren de modo diferente, por lo que no es dable en el ámbito internacional aplicar las disposiciones que sobre interpretación y aplicación contienen los códigos tributarios o leyes internas.

Lo dicho nos conduce a afrontar, de modo general, el tema de la interpretación de los tratados internacionales y su aplicación a los tratados o convenciones internacionales en cuanto mecanismo de elaboración del DIT. Es necesario incursionar en la *Convención de Viena* sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, a la cual se adhirió recientemente el Ecuador (Decreto Ejecutivo 619 publicado en el Registro Oficial 134 de 28 de julio de 2003), sin perjuicio de lo cual ha menester reconocer que anteriormente tal instrumento tuvo para el país la condición de uso internacional.

Entre los arts. 31 y 33 de la *Convención de Viena* constan las normas de interpretación de los tratados. El art. 31 señala las reglas generales, el 32 los medios de determinación complementarios, el 33 la interpretación de los tratados autenticados en dos o más idiomas.² La interpretación consiste en una operación intelectual para de-

2. Art. 31

Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluido su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Art. 32

Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

terminar el sentido del tratado, para determinar su alcance y esclarecer sus puntos ambiguos u oscuros.³ A diferencia de lo que ocurre en el Derecho interno, en el que ordinariamente el Legislativo realiza la interpretación auténtica, generalmente mediante la expedición de una ley denominada interpretativa, en los tratados internacionales se tiene por auténtica “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones” (art. 31 3) a) de la *Convención de Viena*. Cuando se confía a un juez único la labor de interpretación vinculante frente a los casos de duda se consigue su unidad.⁴ La interpretación de los tratados con valor obligatorio puede efectuarse por la Corte Internacional de Justicia por pedido de las partes. Así lo determina el art. 36 2) a) de su Estatuto.

De conformidad con la Convención, debe atribuirse al tratado el sentido que surge de su texto tomando en cuenta sus varias partes, que han de armonizar con la finalidad y objeto. Al decir de Monroy Cabra,⁵ según la *Convención de Viena* para la interpretación de los tratados, deben tenerse en cuenta la buena fe; el sentido corriente de los términos del tratado; el contexto, objeto y fin del tratado; la interpretación auténtica explícita; el recurso a los trabajos preparatorios; y, la búsqueda del efecto útil. Además, se han de considerar los acuerdos de interpretación de las partes; los que se infieren de su conducta ulterior; y, toda otra norma de Derecho internacional aplicable entre las partes. Según la opinión ampliamente compartida el objetivo fundamental del intérprete ha de ser descifrar la verdadera voluntad del compromiso o acuerdos de las partes.⁶

El método de interpretación adoptado por la *Convención de Viena* es el denominado *objetivo* por el cual se hace mérito del texto tal cual aparece y no se pretende,

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Art. 33

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
 2. Una versión del idioma en tratado distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
 3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
 4. Salvo el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los arts. 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.
3. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, Bogotá, Temis, pp. 68-69.
 4. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, pp. 102-108.
 5. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*.
 6. Antonio Remiro Brotons y otros, *Derecho internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 383-391.

salvo casos puntuales, investigar cuál ha sido la voluntad de las partes. Así lo reconoce Conforti al reiterar que debe atribuirse a los tratados el sentido que surge de su texto, tomando en cuenta sus varias partes que deben armonizarse con la finalidad y objeto del mismo.⁷

El contexto del tratado incluye el texto, el preámbulo y los anexos. Prevalece, al decir de Monroy Cabra, el *método textual* complementado con el teleológico o funcional.⁸ Con cierta matización tal *método* equivale al *objetivo*. De su parte Remiro Brotóns, dentro de la misma corriente, afirma que la *Convención de Viena* se ha decantado por la posición objetivista integrando en ella el núcleo de la interpretación teleológica y concediendo solo un papel secundario a los elementos esenciales de la posición objetivista.⁹ En su criterio, los objetivistas se inclinan por los métodos gramatical y lógico, mientras que los subjetivistas, por los métodos histórico y práctico. Es interesante la anotación de D. J. Harris de que las reglas de *Convención de Viena* sobre interpretación de los tratados son regularmente aplicadas por la Corte Internacional de Justicia como costumbre.¹⁰ Se debe evitar la interpretación unilateralista de las partes, mas debe reivindicarse la libertad de interpretación de los jueces en Derecho internacional, lo que ocurre en el Derecho interno.¹¹

Sobre la materia objeto de la interpretación, el contexto comprende el texto o parte dispositiva y el preámbulo. Los anexos sirven a modo de reglamentación. Los trabajos preparatorios tienen importancia como criterio complementario.¹² Constituye una matización de la idea *textualista* el parecer de Malcolm Shaw quien asevera que se han de tener en mientes tres aspectos básicos: el texto actual, la intención de las partes, el objeto y el propósito del tratado. Acota que ninguna interpretación agota todos los aspectos del tratado; que la primera obligación de un tribunal es esforzarse para que el tratado surta efecto en su ordinario y natural significado en el contexto en que ocurre; y que nunca la Corte Internacional ha aceptado que la interpretación se realice por sobre el texto del tratado.¹³ En términos lógicos, en círculos concéntricos cada vez más amplios, se examinan y analizan el texto, el contexto, el objeto y el fin del tratado.¹⁴ Existe el sentido ordinario de los términos, su significación más fre-

7. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*.

8. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*.

9. Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*.

10. D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, 1998, fifth edition, pp. 810-822.

11. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*.

12. Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 169-174.

13. Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, 1997, fourth edition, pp. 655-660.

14. Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*.

cuenta en el lenguaje común, mas existe también el sentido especial si consta que esa fue la intención de las partes, lo cual debe probarse (art. 31 4) de la CV).

La interpretación ha de ser animada por el principio de la buena fe junto a la cual ha de ejercitarse la equidad *infra legem*, esto es, el sentimiento de lo justo en la aplicación de la disposición al caso concreto.¹⁵ Este principio se encuentra enunciado en primer término en la *Convención de Viena* (art. 31.1).

El art. 32 de la *Convención de Viena* contempla los métodos complementarios para la interpretación. Débese entender que se ha de acudir a ellos cuando no es posible aplicar los previstos en el art. 31. Tienen especial importancia los trabajos preparatorios aunque como proclama Conforti, es raro que a la ambigüedad del texto no corresponda la de los trabajos preparatorios.¹⁶ Sostiene Ian Brownlie que los trabajos preparatorios no tienen el valor del texto del tratado, pero en ocasiones clarifican el alcance de los acuerdos que deben utilizarse con cautela y que su desconocimiento no excusa a las partes que no intervinieron en ellos, siendo su obligación enterarse de su contenido. Además da razón de que la International Law Commission ha puesto de manifiesto que los criterios consignados en los artículos indicados deben actuar conjuntamente, y que la línea divisoria de los mismos no es rígida. Califica a los medios de interpretación de “*Supplementary and others means of interpretation*”.¹⁷

La interpretación restrictiva se aplica a las limitaciones a la soberanía y libertad de los estados.¹⁸ En similar sentido se pronuncia Brownlie respecto a las regulaciones de derechos y privilegios territoriales. Este autor alude a los conceptos de Lord McNair, quien diferencia entre tratados sobre disposiciones y derechos territoriales que son como *conveyances* del Derecho privado, término que significa entrega, cesión, traspaso de dominio, escritura de traspaso; tratados que atañen a negocios entre varios estados que son como contratos; y los tratados multilaterales denominados *law-making*, que crean un conjunto de reglas como la Convención de la Haya sobre el *ius belli* o derecho durante la guerra, o que crean una institución como la Copyright Union. Es de advertir que la International Law Commission no hace diferencia respecto de la interpretación de estos tipos de convenios.¹⁹

Respecto de los convenios tributarios cabría aplicar la interpretación restrictiva en cuanto concierne a la potestad de crear tributos, derivación de la soberanía de los estados. En la teoría de los poderes implícitos, cada órgano dispondría no solo de los

15. *Ibidem*.

16. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*.

17. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1998, pp. 631-639.

18. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*.

19. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*.

poderes expresamente atribuidos por las normas constitucionales sino, también, de los necesarios para el cabal ejercicio de las facultades expresas. Esta teoría se coloca en el extremo opuesto de la que profiere la interpretación restrictiva de los tratados en cuanto comportan una limitación de la soberanía de los estados. Cabría escoger, en caso de duda, la interpretación más favorable a la parte débil, como ocurre en los convenios de cooperación.²⁰

Tema de importancia en la interpretación de los tratados es el referente a la aplicación del principio *rebus sic stantibus* que contempla el cambio de circunstancias. El art. 62 de la *Convención de Viena* regula esta materia.²¹ El profesor Malanczuk enuncia este principio al decir que una parte no se encuentra obligada a cumplir un tratado cuando se ha producido un cambio fundamental de circunstancias desde que el mismo fue concluido, mas reconoce que, en los tiempos que corren, se aplica excepcionalmente este principio y advierte que algunos escritores consideran el cambio de circunstancias motivo suficiente para dar por terminado en forma automática un tratado, en tanto que otros sustentan que lo único que se produce es una opción para conseguir semejante propósito.²² En la misma línea Remiro Brotóns, advirtiendo que todos los elementos de interpretación que integran la regla general confluyen en condiciones de igualdad, reconoce que una opinión minoritaria sustenta que las convenciones han de interpretarse buscando la significación más acorde con su fin atendiendo a las circunstancias del momento y a la necesidad social.²³

20. Benedetto Conforti, *Diritto Internazionale*.

21. Art. 62

Cambio fundamental de circunstancias

1. Un cambio fundamental de las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él al menos que:
 - a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
 - b) ese cambio tenga por objeto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.
2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
 - a) si el tratado establece una frontera; o,
 - b) si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional respecto a cualquier otra parte del tratado.
3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

22. Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Londres, Routledge, 1997, seventh revised edition, pp. 144-145.

23. Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho internacional*.

Tiene importancia para discernir el alcance de la interpretación el considerar cómo los tratados internacionales adquieren eficacia interna y el lugar que ocupan dentro de la legislación de un país. Si para la vigencia de un tratado se requiere la expedición de una ley interna, podría sustentarse que el problema no es de interpretación del tratado sino de interpretación de esa ley. Ha terminado por prevalecer la tesis de que, cualquiera que sea el sistema de aprobación de un tratado, no cabe confundir el tema de la interpretación de la ley aprobatoria con el de la interpretación del tratado en sí, caso en el cual adquiere relevancia para el propósito hacer valer la intención de las partes.²⁴

LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS TRIBUTARIOS

Existen diversos tipos de tratados en materia tributaria. Los más característicos son aquellos que se concluyen con la finalidad de evitar la doble imposición. Existen otros que, al tener en conjunto propósitos de mayor alcance, tienden a liberalizar el comercio y a suprimir barreras arancelarias y no arancelarias, regulan aspectos puntuales como los atinentes a precios de transferencia, medidas para evitar la evasión, intercambio de información, etc. Cabe aludir también a los tratados de carácter comercial que suelen regular cuestiones tributarias. Es sugestiva la afirmación de la Corte Suprema de Estados Unidos de que el objetivo principal de los convenios para evitar la doble imposición no es garantizar una perfecta igualdad de tratamiento sino facilitar los intercambios comerciales. Actualmente se ha puesto énfasis en ese tipo de convenios en las medidas para evitar la doble imposición y en el intercambio de información.²⁵ Hace falta que en el futuro se llegue a convenir en un tratado general tributario, un *General Agreement Taxes* como lo sugiere el profesor Uckmar.²⁶ Sobre los tratados multilaterales en materia tributaria que vendrían a sustituir a los bilaterales vigentes, se pronuncia en el sentido de que al menos debería implantarse los a nivel regional. Tales tratados presentan algunas ventajas entre las que cabe destacar la eliminación de las discrepancias respecto del contenido e interpretación de los acuerdos tributarios; el hecho de que se evitaría disparidades y a menudo discriminaciones; y servirían para facilitar a este tipo de convenios a los países que no poseen una adecuada organización en el campo tributario internacional, evitándose el

24. Pablo de Torres Carballal, "Interpretación de tratados de doble imposición internacional", en *Revista Tributaria*, No. 107, Montevideo, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, pp. 107 y ss.

25. Víctor Uckmar, "I trattati Internazionali in Materia Tributaria", en *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, Cedam, 2002, II edizione, p. 95.

26. *Ibidem*, p. 86.

acudir a triangulaciones costosas y distorsivas.²⁷ Aboga por la creación de una Corte Internacional para la resolución de controversias y sobre el punto manifiesta: “Desde varios ámbitos se ha requerido la constitución de una Corte para la resolución de las controversias, cada vez más numerosas, inherentes a la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, mas la anacrónica reticencia de los estados a ver reducido su poder de imposición ha impedido hasta hoy la realización de dicha iniciativa”.²⁸

Para entender el alcance de los tratados tributarios se ha de tener en cuenta que su finalidad es la de limitar las pretensiones fiscales de los estados titulares de las mismas, de ninguna manera ampliarlas o crear otras nuevas.²⁹

La tesis prevaleciente es la de que los tratados, en el caso los tributarios, prevalecen sobre la legislación interna, ya en virtud de la jerarquía reconocida en el orden constitucional, ya por tratarse de normas especiales. No se entendería de otro modo el reenvío que, particularmente en los tratados para evitar la doble imposición, en algunos supuestos, se hace a la legislación interna.

Alegría Borrás recoge las proposiciones de Damier quien sustenta que las disposiciones de los tratados deben aplicarse de la misma manera en todos los territorios sobre los cuales tiene vigencia; que las cláusulas sustanciales han de prevalecer sobre la exposición de motivos; que las cláusulas de igualdad de tratamiento para nacionales y extranjeros, así como las de la nación más favorecida deben, en materia fiscal, interpretarse según el principio de especialidad.³⁰

En muchos países las cortes están autorizadas para interpretar los tratados. En Inglaterra los jueces, particularmente los tributarios, se encuentran obligados a seguir estrictamente el tenor de la ley. La interpretación teleológica o el desarrollo de la ley pueden considerarse como una usurpación del derecho de los legisladores. Semejantes consideraciones no son las propias del Derecho continental europeo o *civil law*. En todo caso las obligaciones que surgen de los tratados deben interpretarse en forma restrictiva excepto en casos de duda en los cuales cabe presumir que los estados parte renuncian a su soberanía. Las reglas de la *Convención de Viena* para la interpretación de los tratados en materia tributaria juegan un papel muy importante, pues sirven como nexo común a los países del *common law* y a los del *civil law* y se sue-

27. *Ibidem*, p. 97.

28. *Ibidem*, p. 104.

29. Ottmar Bühler, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, pp. 80-86.

30. Alegría Borrás, *La doble imposición: problemas jurídico-internacionales*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales / Ministerio de Hacienda, 1974, pp. 104-105.

len aplicar inclusive a los países que no han ratificado la Convención. En los comentarios al Modelo OCDE se da a esas reglas el valor de costumbre internacional.³¹

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

En los convenios para evitar doble imposición, al igual que en otros, la interpretación puede ser auténtica o normativa, que la efectúan los propios estados, y aplicativa, que se refiere a situaciones concretas. Ambas han de producirse con la aquiescencia de los estados. Para evitar en lo posible los problemas que se originan con la divergente interpretación y entendimiento de los términos es deseable que al suscribir Convenios se incluya en su texto glosarios explicativos de los mismos.³²

La interpretación *intra textual* no constituye un método de interpretación sino su objeto. Se refiere a las normas en cuanto contienen definiciones que deben ser entendidas dentro de su texto. Son ejemplos los términos establecimiento permanente, dividendos, intereses, regalías, no discriminación, inmunidad de los agentes consulares, etc. Se debe, por ello, diferenciar entre lo definido en el plano conceptual y lo que no lo está, caso en el cual se requiere de reenvío, en cuyo caso debe aparecer la interpretación vía integración.³³

De acuerdo al art. 3 (2) del Modelo de la OCDE y al de la ONU, “Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo, tendrá a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del derecho de ese Estado”. Esta norma denominada *general renvoi*, que se podría traducir por reenvío general, se encuentra presente en la mayor parte de los tratados bilaterales que tienen por objeto evitar la doble imposición. Según Vogel y Prokish, aludidos por Chico de la Cámara, se debe acudir a la legislación interna cuando el Convenio remita a ella explícitamente, que es el caso de la regulación

31. Klaus Vogel y otros, “Interpretation of Double Tax Treaties”, en *Double Taxation Conventions*, Londres, Kluwer Law, Boston, The Hague, 1998, third edition.

32. Pablo Chico de la Cámara, “Interpretación y calificación de los convenios de doble imposición internacional”, en Fernando Serrano Antón, coord., *Fiscalidad internacional*, Madrid, Barcelona, Valencia, Centro de Estudios Financieros, 2001, pp. 128-129.

33. Heleno Taveira Torres, “A interpretação dos tratados internacionais em materia tributaria sobre a renta o a capital”, en *Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 1999, pp. 339-359.

transcrita; cuando el texto de una disposición o un medio de interpretación complementario sugieran de modo convincente la legislación nacional; y cuando el tratado, el contexto y los medios complementarios no ofrezcan la posibilidad de llegar a una interpretación autónoma concordante.³⁴

Según los modelos estadounidenses de 1981 y 1996, las partes contratantes pueden resolver las dudas interpretativas referentes al significado de un término contenido en el convenio mediante el procedimiento amistoso. Ello no está previsto, al menos como primera fuente a la que acudir, en los convenios que siguen el Modelo OCDE, cuyo art. 25 supone que se hayan adoptado medidas que no son conformes al Modelo y que de ello se haya derivado perjuicio al interesado. Por lo tanto, cuando se trate de términos, primero habría que acudir al art. 3 (2) transcrito y solo subsidiariamente al art. 25.

Sobre los términos no definidos expresamente pueden ocurrir discrepancias respecto de la inteligencia, alcance o comprensión de los mismos entre los derechos internos de los estados parte. Puede también suceder que no sea fácil individualizar un término en los derechos internos de cada uno de los estados. Puede haber términos idénticos u otros que sin serlo tengan similar significación. La dificultad en entender un término, según Chico de la Cámara, puede dar lugar a doble imposición o a no sujeción.³⁵ Respecto del propósito del tratado que debe considerarse juntamente con su objeto, es de aclarar que el mismo no constituye un método de interpretación independiente. El significado ordinario de los términos es el cotidiano, el que los estados utilizan y el que se le confiere en ciertas áreas especializadas.³⁶

Para individualizar cuál es el significado más apropiado entre varios atribuidos a un mismo término por la legislación interna debería hacerse prevalecer aquél que se encuentra en el sector disciplinario más cercano.³⁷ Ecuador, siguiendo el Modelo de la OCDE, ha suscrito varios convenios para evitar la doble imposición. En todos ellos se ha insertado la general *renvoi clause* mediante la cual se libra la legislación interna el precisar el significado de los términos no definidos expresamente siempre que no se vaya en contra del contexto del convenio. Los arts. 3.2 de cada uno de esos convenios son, casi en su totalidad, similares a su correspondiente del Modelo OCDE. En el Convenio con Brasil se prevé la intervención de las autoridades competentes

34. Pablo Chico de la Cámara, "Interpretación y calificación de los convenios de doble imposición internacional", pp. 127-153.

35. *Ibidem*.

36. Klaus Vogel y otros, "Interpretation of Double Tax Treaties".

37. Federico María Giuliani, "La interpretación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre las rentas", en Víctor Uckmar, coord., *Curso de Derecho tributario internacional*, tomo I, Bogotá, Temis, 2003, pp. 123 y ss.

para establecer la interpretación a acordar. En los Convenios con Chile y Canadá se establece la preferencia de la legislación impositiva.³⁸ Por su parte, los convenios con Italia y Rumania prevén, para disipar las dudas, que plantee la interpretación o aplicación de los mismos, la posibilidad de que las autoridades competentes se reúnan en el seno de una comisión formada al efecto, sea por dichas autoridades o por sus representantes autorizados.³⁹

Se considera que el Estado de la fuente de la renta, en un momento inicial, es quien debería calificar un término no definido y verificar si mantiene su poder de gravar una determinada renta. En un momento posterior, el Estado de la residencia debería verificar si el Estado de la fuente ha procedido correctamente. No se trata, de todas maneras, de una subordinación del Estado de la residencia al de la fuente.

El Derecho tributario interno debe ser entendido de tal manera que se hagan prevalecer las normas que se encuentran en el sector jurídico disciplinario del contexto del Convenio. El Derecho interno referido puede haber sufrido variaciones a la fecha de aplicación del Convenio con referencia al vigente al momento en que se lo concluyó. De allí han surgido dos criterios. Uno dinámico, recogido por la OCDE, que puede estimarse es el preponderante, que toma en cuenta para la interpretación la modificación de las normas de Derecho interno; y otro estático, que se rige por la versión que se suscribió originalmente. A fin de paliar los problemas que se suscitan por el cambio en la legislación interna, es sugestiva la solución de Estados Unidos de que las autoridades competentes se notifiquen mutuamente cuando ello ocurra. El art. 3.2 del *Treasury Model de EE.UU.* dice: “las autoridades competentes de los estados contratantes deberán notificarse cualquier cambio relevante que hayan realizado en sus respectivas legislaciones, así como el material oficial publicado relativo a la aplicación del convenio, tales como explicaciones, normativa o decisiones judiciales”. Debería entenderse que la remisión se hace al *common law* que hace el rol de Derecho interno, mas, de ninguna manera al *case law* o jurisprudencia.

38. El texto del art. 3.2 referido utilizado en la mayoría de los convenios es el siguiente: *Para la aplicación del presente Convenio por un Estado contratante, cualquier expresión no definida de otra manera, tendrá, a menos que el texto exija una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de ese Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio.* En el Convenio con Brasil, al texto transcrito se añade: *En el caso de que los sentidos acordados resulten contrapuestos o antagónicos, las autoridades competentes de los estados contratantes, de común acuerdo, establecerán la interpretación a acordar.* En los convenios con Chile y Canadá, en lugar del texto añadido en el Convenio con Brasil, a la redacción originaria y común, se agrega la expresión: *prevaleciendo el significado atribuido a la legislación impositiva sobre el que resultaría de otras ramas del derecho.*

39. En estos casos, el texto del art. 27 3) es el siguiente: *3. Las autoridades competentes de los estados contratantes harán lo posible por resolver, mediante acuerdos amistosos, las dificultades o disipar las dudas que plantee la interpretación o aplicación del presente Convenio. Cuando ambas autoridades competentes lo consideren conveniente para facilitar la aplicación del Convenio, podrán reunirse en el seno de una comisión formada al efecto por dichas autoridades o sus representantes autorizados.*

La expresión *a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente* del art. 3 (2) aludido, significa que ha de aplicarse el Derecho interno siempre que no lo impida el contexto. Ello conduce a dilucidar qué debe entenderse por contexto, a cuyo efecto se debe hacer mérito del art. 31 (2) de la *Convención de Viena*, la cual tiene por tal al texto del Convenio, al preámbulo, a los anexos y, entre ellos, a los acuerdos e instrumentos alcanzados por los estados referentes al Convenio. Los Comentarios al Modelo de la OCDE no forman parte del contexto. La expresión sustenta la exclusiva aplicación del Derecho interno para la interpretación de los términos no definidos en los convenios bilaterales.

Los Comentarios indicados servirían cuando la interpretación realizada según el art. 31 de la *Convención de Viena* no aclara la ambigüedad u oscuridad del Convenio o cuando lleva a un resultado manifiestamente absurdo e irracional, como medios complementarios de interpretación consignados en el art. 32 de la *Convención de Viena*. Sin embargo, hay otros casos que considerar respecto del rol de los Comentarios para la interpretación de los términos no definidos en el Convenio. Así, cuando se trata de países que integran la OCDE, los Comentarios anteriores al Convenio tendrán el valor de trabajos preparatorios, en tanto que los posteriores podrían ser tenidos como acuerdos aceptados por las partes. Cuando los países de la OCDE adoptan el Modelo como Convenio, los Comentarios podrían reputarse medios ordinarios de interpretación. Caso contrario, cuando los países de la OCDE concluyen un Convenio que no sigue los términos o si el contexto sugiere una interpretación diversa del Modelo, los Comentarios no son relevantes. Desde una posición muy enfática se ha llegado a afirmar que los Comentarios equivalen a una interpretación auténtica entre países que siguen el Modelo OCDE. La variación de los Comentarios de la OCDE lleva a serios problemas de interpretación. Los mismos podrían asimilarse, dentro de su órbita, a los que se suscitan en el caso de variación de las normas de Derecho interno.⁴⁰

Las recomendaciones del Consejo de la OCDE, dentro de la calificación del *common law*, la que se ha abierto paso en el *civil law*, puede considerarse que tienen el carácter de *soft law*. Los *parallel treaties* o convenios realizados dentro de un mismo tenor por los estados parte con otros estados pueden servir de guía para la interpretación por el principio de congruencia, mas, no por ello se debe olvidar que cada tratado es autónomo.⁴¹ Sobre los *parallel treaties* es oportuno añadir las reflexiones de Giuliani quien anota que la *treaty practice* o forma de negociar un tratado de un Estado también puede variar en el tiempo, lo cual hace ver que otros tratados similares que haya suscrito no son una guía segura. En este punto del análisis, huelga recordar

40. Federico María Giuliani, "La interpretación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre las rentas", pp. 123 y ss.

41. Klaus Vogel y otros, "Interpretation of Double Tax Treaties".

lo que queda consignado sobre el cambio de circunstancias. También es pertinente, a criterio del propio Giuliani, que los países tomen en cuenta el tipo de tratado, según el área geográfica en que se encuentre ubicado el otro país contratante.⁴² Esto ha de entenderse fuera del ámbito cubierto por disposiciones como las del art. 2.4. de los Modelos ONU y OCDE que prevé la aplicación de la convención a tributos idénticos o sustancialmente similares.⁴³

EL ABUSO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA

El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal puede definirse como el fenómeno en el cual un sujeto procura los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación substancial.⁴⁴ El caso más importante de abuso es el denominado *treaty shopping* o *treaty abuse*, sin embargo, pueden haber otros casos de abuso de los tratados. Tienen particular importancia los que conciernen al abuso del derecho, al fraude de la ley y a la simulación. No entran dentro del abuso los supuestos en los que la sociedad, que controla su inversión por medio de otra, elige su localización para minimizar la carga tributaria, situación denominada *treaty routing*, en virtud de la cual se ahorra el impuesto mediante el empleo de estructuras de un país en lugar de otro, en la medida que se corresponda con una situación sustancial que justifique el papel activo, *activity clause*, desempeñado por el sujeto de un país diverso de aquel donde reside la sociedad que lo controla.

En el *treaty shopping* se da el uso de un convenio de doble imposición por una persona jurídica, física o sujeto de derecho que, con propiedad, carece de legitimidad para hacerlo. La forma de hacerlo consiste en la interposición de una persona jurídica o entidad en alguno de los estados contratantes cuando el beneficiario efectivo no es residente de ninguno de ellos.⁴⁵ Arnold & Mc Intyre sustentan que únicamente los residentes y en algunos casos los nacionales, tienen derecho a gozar de los beneficios que se derivan de los tratados tributarios. La práctica en contrario constituye el *treaty shopping*.⁴⁶ Ellos literalmente manifiestan:

42. Federico María Giuliani, "La interpretación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición sobre las rentas".

43. Pablo de Torres Carballal, "Interpretación de tratados de doble imposición internacional", p. 112.

44. Pascuale Pistone, "El abuso de los convenios internacionales en materia tributaria", en Víctor Uckmar, coord., *Curso de Derecho Tributario Internacional*, tomo II, Bogotá, Temis, 2003, pp. 122.

45. Tulio Rosembuj, "Treaty shopping: el abuso del derecho", en Víctor Uckmar, coord., *ibidem*, p. 155.

46. Brian J. Arnold & Michael J. Mac Intyre, *International Tax Primer*, Boston, Kluwer Law International, Londres, The Hague, 1995.

Only residents and (in some cases) nationals of Contracting State are entitled to benefits under income tax treaty. Taxpayers who are not residents or nationals of a Contracting State have frequently sought obtain the benefits of a tax treaty by organizing a corporation or a legal entity in one of a Contracting State o serve as conduit for income earned in the other Contracting State. *This Practice is referred to by tax specialists as treaty shopping.* (El énfasis es añadido)

García Novoa enfatiza que en el *treaty shopping* se produce un aprovechamiento indebido de una convención internacional y que también puede acaecer una situación de aprovechamiento indebido en tratándose del abuso de una Directiva, situación que la bautiza con la designación de *Directive shopping*.⁴⁷

De acuerdo al principio *pacta sunt servanda* las ventajas de un CDI deberían aplicarse inclusive a quien hace uso inadecuado del mismo, a menos que se haya previsto una cláusula de salvaguardia. Para solucionar el caso cuando no se haya previsto tal cláusula se suele acudir a las normas de Derecho interno sobre el abuso del derecho, el fraude de la ley o la simulación. Ese arbitrio no es aceptable, pues los convenios internacionales, y entre ellos los CDI, prevalecen sobre la legislación interna.

El enunciado que debe prevalecer la sustancia sobre la forma ha servido para aplicación en la interpretación del criterio de la realidad económica. Ese enunciado es observado principalmente por los países del *common law*. En los que pertenecen al *civil law* no ha prosperado dicho criterio y se ha sustentado la necesidad que exista una cláusula antiabuso. En EE.UU. el valor de los convenios internacionales se ha relativizado, pues se entiende que la última normativa, inclusive la interna, prevalece sobre la precedente, la cual podría ser de carácter internacional. Además se potencia la facultad del juez para en un caso concreto, acudir a los postulados mencionados de la prevalencia de la sustancia sobre la forma y de la interpretación bajo el criterio de la realidad económica. Se sustenta bajo dicho enfoque que es necesario develar la *intentio factis* o *business purpose* de la persona jurídica, lo cual exige la calificación de la residencia real y efectiva de sus accionistas y la comprobación de la aplicación de la renta obtenida en la fuente en el otro Estado.⁴⁸

La OCDE no afronta en el Modelo para evitar la doble imposición la cuestión que atiene al abuso de los tratados y especialmente el *treaty shopping*. Se limita a trazar en los Comentarios las medidas que podrían adoptarse para remediarlo. En el Comentario sobre el art. 1 del Modelo se refiere a las situaciones donde la aplicación del Tratado se invoca por quien, por su situación jurídica subjetiva, no tendría dere-

47. César García Novoa, "Le clusole come misura per combattere l'eusione fiscale: l'articolo 24 della legge generale tributaria spagnola", en *Diritto en Pratica Tributaria Internazionali*, Milano, Cedam, 2002, pp. 456 y ss.

48. Tulio Rosembuj, "Treaty shopping: el abuso del derecho", p. 174.

cho a éste. Es el caso del *treaty shopping*. Sobre el art. 11 anota la situación de las personas que sí pueden alegar el tratado, mas su particular situación no se encuentra prevista en el mismo. Es el caso del *rule shopping*.⁴⁹

Para resolver el uso impropio de los CDI, la OCDE sugiere se incorporen cláusulas tipo. Destacan entre ellas el denominado levantamiento del velo, *look through*, que permite desconocer la personalidad jurídica. Podría estatuirse que se acuda a esta medida extrema cuando no han podido aplicarse los arbitrios del Derecho interno concernientes al fraude de la ley, el abuso del derecho o la simulación. Obviamente en el CDI debería constar la posibilidad del envío al Derecho interno. Otra sería la que procura neutralizar la erosión de la base imponible. Por la misma se descarta los beneficios del CDI cuando la sociedad controlada por no residentes aplica una porción sustancial de la renta para satisfacer obligaciones de sus accionistas principales o vinculados en concepto de intereses, préstamos, cánones, rentas arrendaticias, gastos de promoción, publicidad, viajes, etc. La cláusula de exclusión deja fuera de los CDI a las sociedades reconocidas por algunos de los estados beneficiarias de un régimen privilegiado y/o que están domiciliadas en un área fiscal que goza de un tratamiento preferente. Otra cláusula pretende evitar que por la aplicación del CDI una sociedad quede exenta de impuesto en ambos países contratantes. En contraste, la cláusula de buena fe permite demostrar a la empresa que la sociedad controlada se ha constituido por fines de su giro y no únicamente para obtener el tratamiento preferente que dimana del CDI.⁵⁰ Sobre el punto García Novoa alude a cuatro cláusulas tipo que obran en el Comentario al art. 1 del Modelo de la OCDE, las cuales tocan los siguientes aspectos: la transparencia o *look-through approach*; de exclusión o *exclusion approach*; de tributación efectiva o *subject-to-tax approach*; y la de canalización o *channel approach*.⁵¹

Los CDI tienen como una de sus metas prevenir el fraude fiscal. Igual ocurre con la Decisión 578 del Sistema Andino y con los varios CDI suscritos por Ecuador. Para desentrañar el verdadero alcance de los CDI conviene tener en cuenta estas metas, singularmente en los casos de duda.⁵²

Las normas de Derecho interno, según queda sugerido, pueden ser asumidas en un CDI particularmente en lo referente a la definición de los sujetos beneficiarios de

49. Pascuale Pistone, "El abuso de los convenios internacionales en materia tributaria", p. 109.

50. Tulio Rosembuj, "Treaty shopping: el abuso del derecho", p. 179.

51. César García Novoa, "Le clusole come misura per combattere l'eusione fiscale: l'articolo 24 della legge generale tributaria spagnola", p. 468.

52. Néstor Carmona Fernández, "Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición", en Fernando Serrano Antón, coord., *Fiscalidad internacional*, Madrid, Barcelona, Valencia, Ediciones Estudios Financieros, 2001, p. 158.

un determinado tratado, en cuanto son residentes en uno de los estados firmantes lo que comporta una norma antiabuso primaria. Podría establecerse que los CDI se apliquen únicamente a quienes tributan sobre su renta mundial. En el fondo se procura impedir la doble residencia en los países suscriptores del CDI.⁵³

En relación a España, Carmona Fernández se refiere a tópicos que podrían tener trascendencia siempre que los CDI expresamente los incorporen o aludan. Así los cambios de residencia a territorios de más favorable o nula imposición efectuados artificialmente; al cambio de residencia a paraísos fiscales, caso en el cual el contribuyente continúa sujeto al Impuesto a la Renta durante cinco años; a la utilización de medidas específicas contra la utilización de sociedades intermedias o instrumentales; a la corrección valorativa cuando se produzca una erosión fiscal a consecuencia de acuerdos sobre precios entre sujetos vinculados, cuestión conocida como *transfer pricing o precios de transferencia*; a la subcapitalización, en contra de la cual se establecen techos de endeudamiento con no residentes encima de los cuales los intereses son considerados como dividendos.⁵⁴

En conclusión, en la aplicación de los CDI pueden ocurrir abusos, particularmente con la práctica del *treaty shopping*. La solución consignada en los Modelos de Estados Unidos de 1977 y 1981 restringe la aplicación de los CDI en caso de que los sujetos residentes sean controlados por sociedades o personas residentes en terceros países, evitando llevar a éstos los beneficios del CDI. El Modelo OCDE no integra a su texto el abuso, mas se refiere al tema en los Comentarios cuya observancia y obligatoriedad se ha analizado en el ítem 3. El enfoque más adecuado lleva a sostener que, bajo el supuesto de la preeminencia de los CDI sobre la legislación interna, es necesario que en ellos se incluyan cláusulas como las sugeridas por la OCDE y que inclusive se haga mérito de la legislación interna. Este criterio cabe aplicarlo también a las Directivas o Decisiones comunitarias.

53. Néstor Carmona Fernández, *ibidem*, pp. 162-163.

54. *Ibidem*, pp. 159-162.

ferior a la Constitución y, al mismo tiempo, condiciona en buena medida la producción del derecho económico nacional, por lo menos en áreas que interesan a la formación del mercado interior y en general a los objetivos del proceso. Por otro, que el derecho económico subregional nace de un tratado internacional que al mismo tiempo es el tratado fundacional de la comunidad; así mismo, el derecho internacional encuentra anclaje en la carta política nacional debido a las cláusulas que ella contiene acerca de la participación exterior del Estado.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

El Derecho económico internacional se refiere a disposiciones, principios y costumbres que regulan los comportamientos privados y públicos, a la luz de los fenómenos de internacionalización y globalización, signos distintivos de este tiempo. Para el caso de Ecuador, esas normas se refieren al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial de Comercio, etc., y más obligaciones derivadas de tratados de cooperación, de coordinación, de comercio e inversiones, suscritos por el país. Por ejemplo, están el Convenio Comercial entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de El Salvador;⁸⁹ el Tratado de Comercio y Navegación entre los Gobiernos de la República del Ecuador y la República del Perú;⁹⁰ el Convenio de Aceleración y Profundización del Libre Comercio entre el Ecuador y el Perú;⁹¹ Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana sobre la Promoción y Protección de Inversiones;⁹² Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones;⁹³ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.⁹⁴

Se tiene entonces que el derecho económico internacional encuentra sustento en instrumentos internacionales de variada denominación (tratados, convenios, acuerdos, pactos, etc.), que prevalece sobre toda la legislación interna de los estados salvo sobre la Constitución. No parece entonces extraño afirmar que el derecho económico internacional puede condicionar la producción del derecho económico nacional inferior a la Norma Fundamental.

89. Registro Oficial No. 776, de 7 de septiembre de 1995.

90. Registro Oficial No. 137, de 26 de febrero de 1999.

91. Registro Oficial No. 137, de 26 de febrero de 1999.

92. Registro Oficial No. 537, de 4 de marzo de 2005.

93. Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997.

94. Registro Oficial No. 389, de 6 de marzo de 1986.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

Inicio este acápite indicando, junto a Rojo, que el derecho económico es la constitución jurídico-económica de un espacio político determinado y la coordinación de la actividad de los operadores económicos –públicos o privados– en ese espacio de soberanía.⁹⁵ A ello se puede añadir que el espacio político determinado sería el que comprende al territorio nacional y al que copa el ámbito espacial de las normas del derecho económico internacional y del derecho económico subregional.

Lejos de ser exhaustivo, para iluminar mejor este peliagudo asunto y proponer ideas sobre algunos campos problemáticos del derecho económico, susceptibles de ser abordados científicamente, cito algunos que considero importantes y que en los últimos años ocupan la atención de legisladores, gobernantes, movimientos sociales y agentes económicos en todo el mundo: problemas derivados de la legislación sobre explotación de los recursos naturales y mantenimiento del ambiente; problemas derivados del obrar de las sociedades frente al Estado, ante sus trabajadores y frente a los particulares; los efectos de la intervención de las empresas transnacionales en las economías nacionales.

Dentro de este último campo se deberá estudiar cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia y la transparencia en las relaciones de mercado; los *joint ventures* y en general las asociaciones de empresas para consolidarse como monopolios u oligopolios, con el consecuente abuso de poder económico; el por qué de las normas para regular las utilidades de las empresas y la participación de los trabajadores en ellas, en cada ejercicio económico; el por qué de las leyes para normar cuestiones crediticias y de tasas de interés; la justificación del control del mercado en general; las leyes de defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; leyes para favorecer a la inversión extranjera ofreciendo garantías a los inversionistas; leyes fiscales de garantía de inversiones (régimen impositivos especiales para la inversión).

Añado el problema legal de la transferencia de tecnología; el marco jurídico de la navegación aérea y marítima; las leyes para el crecimiento demográfico y sobre asentamientos humanos; la razón de ser de las leyes para normar cuestiones atinentes a la educación, a la salud y a la seguridad social; el porqué de las leyes sobre vías y medios de comunicación: radio, televisión, comunicación vía satélite, etc.; el marco legal de la modernización del Estado; los problemas derivados de los procesos de privatizaciones y concesiones; regulaciones de la integración comunitaria andina enfo-

95. Ángel Rojo, "El derecho económico como categoría sistemática", pp. 217-218.

cadass a la formació del mercat ampliat; el intercanvi comercial amb tercers països; la financiació mitjançant préstams otorgats per als organismes multilaterals de crèdit.

CONCLUSIONES

Al inici de esta parte conviene acudir nuevamente al pensamiento de Rojo, cuando afirma que: “Una ciencia jurídica consecuente, para asumir el derecho económico, tendría que renunciar a la sistemática tradicional de la materia jurídica y ensayar nuevos criterios de clasificación más acordes con la realidad social y económica”; el mismo autor reconoce un valor didáctico al derecho económico por cuanto sirve para captar cierto sector de la realidad jurídica desde un nuevo prisma: el de la *función* de ordenación económica.⁹⁶

El intervencionismo estatal ha estado siempre presente, especialmente proyectado a la economía; lo diferente ha sido su grado de aplicación, complejidad y los propósitos perseguidos. De la misma forma, han sido varios los sujetos de dicha intervención.

Sin duda el derecho económico es una disciplina en formación. Su autonomía no se la puede sustentar desde un punto de vista científico o teórico, pero sí desde la óptica didáctica. En efecto, hasta la fecha no se han podido enunciar principios que permitan sostener la autonomía del derecho económico, a pesar de lo cual es una disciplina acogida activamente en los programas académicos de universidades especialmente del viejo continente y de América del Norte.

Parece conveniente situar al derecho económico como un producto, como una expresión de la relación entre los derechos público y privado, respetuosa por cierto de lo público y de lo privado a un mismo tiempo;⁹⁷ y también reconocer a esta rama jurídica importante capacidad de influencia no solo respecto del sistema económico y su joya más preciada: el mercado; sino, además, frente a la concreción del desarrollo digno del ser humano, en pleno acatamiento de sus libertades y derechos fundamentales.

En el país el derecho económico, formalmente y desde el punto de vista académico, recién ha sido incorporado a la discusión, pero pese a ello ya ha tenido plena existencia *ex ante* en la normativa constitucional y legal del país, siendo connatural a la actuación interventora del Estado ecuatoriano en el sistema económico. Lo lamenta-

96. *Ibidem*, pp. 221-222.

97. José Luis de los Mozos, “El derecho económico y el Estado. Reflexiones liminares”, p. 28.

ble es que, como expresa Santos Pastor, se puede afirmar que el Estado interviene al servicio de los grupos de interés relativamente más poderosos, verdaderos buscadores de rentas de la acción pública, en lugar de hacerlo al servicio del interés público. Al parecer, la teoría del interés público ha sido desplazada por la teoría del mercado político, que no es más que un proceso de intercambio entre los distintos agentes que intervienen: votantes, partidos, legisladores, ejecutivos políticos, ejecutivos administrativos (empleados públicos), etc.; llevando agua a su molino, siendo el resultado favorecedor de unos sujetos políticos interesados que persiguen su propio interés dentro de las limitaciones del entorno.⁹⁸

No siempre el derecho económico será un instrumento progresista sino que estará supeditado a los objetivos que se plantee el ente interventor o regulador, al entorno político, económico y social, en el que se apliquen sus normas, al momento de evolución histórica de cada sociedad, y sobre todo, a los beneficios que reciban o dejen de recibir los agentes económicos.

Esta nueva disciplina puede ser un instrumento para mejorar la asignación de recursos en un sistema económico y social, mejorando la eficiencia, la equidad y solidaridad, para que se cumpla la libertad en todas sus dimensiones. El derecho económico puede además coadyuvar a la construcción de un mercado competitivo y suficiente, cuanto un fuerte, eficiente y dinámico Estado distribuidor de la renta nacional.

Debido a los conocimientos científicos y empíricos que se tiene sobre los efectos de la actuación del Estado o del mercado en las economías mixtas, no es dable situarse a la defensiva de uno u otro actor, sin embargo, parece que en todo caso, la intervención del Estado parece haber sido más efectiva, no solo en su función redistribuidora sino para aumentar la eficiencia misma del sistema económico. En virtud de ello, se justifica plenamente el crecimiento de la reflexión sobre el derecho económico con sus ámbito y alcance bien definidos, solo así se tendrá una herramienta precisa para alcanzar un mejor grado de desenvolvimiento económico y social, atendiendo la visión latinoamericana de esta nueva disciplina jurídica.

Hasta la actualidad, la experiencia del Ecuador y de otros países cercanos demuestra un cierto aletargamiento de la reflexión teórica sobre las nuevas facetas del derecho, entre ellas la del derecho económico. Para revertir la situación es de esperar que en el medio se participe activamente para atizar las dinámicas de análisis y estudio, respecto a tan importante manifestación de la ciencia jurídica.

98. Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 115-131.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto, *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, segunda edición.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, sexta reimpresión de la primera edición.
- Bonadona Cossio, Alberto, *Marco regulador, privatización y reforma de pensiones*, La Paz, ABC, 1998.
- Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (Ciedla), *La economía social de mercado. Un proyecto económico y político alternativo*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1983.
- Coloma, Germán, *Análisis económico del derecho. Privado y regulatorio*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- Cooter, Robert, y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, trad. Eduardo Suárez, México, Fondo de Cultura Económica de México, 1998, primera edición en castellano.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica / Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.
- Dalla Via, Alberto Ricardo, *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- De la Cruz Ferrer, Juan, *Apuntes de derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson, 1992.
- De la Cuadra, Héctor, “Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917”, en *Estudios de derecho económico*, vol. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- “Reflexiones sobre el derecho económico”, inédito, s.l., s.f.
- De los Mozos, José Luis, “El derecho económico y el Estado. Reflexiones liminares”, en Rafael Pérez Miranda y Martín Díaz Díaz, comps., *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- Díaz Mier, Miguel Ángel, *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, vol. 2, Madrid, Síntesis, 1998.
- Díaz Müller, Luis, *El derecho económico y la integración de América Latina*, Bogotá, Temis, 1988.
- Durán Cousin, Eduardo, *La hora neoliberal de América Latina*, Quito, Fundación Hans Seidel / Academia Diplomática del Ecuador, 1993.
- Espino González, Miguel, *La Organización Mundial del Comercio y sus instrumentos normativos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Farjat, Gérard, “Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico”, en *Estudios de derecho económico*, vol. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

- Fundación Friedrich Ebert, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.
- Guzmán, Marco Antonio, *Derecho económico ecuatoriano*, tomos I y II, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Insuela Pereyra, Alfonso, *O Diritto economico na ordem juridic*, ed. José Bushatsky, Sao Paulo, 1980.
- Mancero Samán, Alfredo, *La Constitución económica del Estado ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997.
- “Estado y economía en la Constitución ecuatoriana”, en *Memorias del Seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado*, Quito, Projusticia / Coriem, 1998.
- Martinelli, José María, comp., *Lecturas sobre derecho y derecho económico*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, s.f.
- Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Montaña Galarza, César, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2003.
- Morales Alzate, John Jairo, *Manual de derecho económico constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, tercera edición.
- Palacios Luna, Manuel R., *El derecho económico en México*, México, Porrúa, 1993, quinta edición.
- Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Pérez Miranda, Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, México, Plaza y Valdés, 1988.
- “Presentación”, en Rafael Pérez Miranda, coord., *Integración y derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1995.
- Pérez Tremps, Pablo, “Constitución e integración”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *Integración política y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Fundación Banco Bilbao Vizcaya Argentaria / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica de México, 1998, primera edición en español.
- Rangel Couto, Hugo, *El derecho económico*, México, Porrúa, 1984.
- Rivas Coronado, Norberto, y Samuel Vergara Hernández, *Planificación tributaria: conceptos, teoría y factores a considerar*, Santiago, Magril, 2000.
- Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. José Luis Pérez Hernández, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México / Sociedad Mexicana de

- Geografía y Estadística / Fondo de Cultura Económica / Economía Contemporánea, 2001, tercera reimpression de la primera edición.
- Rojo, Ángel, “El derecho económico como categoría sistemática”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nos. 85 a 90, Buenos Aires, Desalma, 1982.
- Salgado Tamayo, Wilma, edit., *El Sistema Mundial de Comercio. El Ecuador frente al GATT y la OMC*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Sanmarrco, Maximiliano, y Guillem Domingo Pérez, *España: puente europeo hacia Latinoamérica. Una visión de la planificación jurídico tributaria en la internacionalización de las empresas*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990.
- *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990, segunda edición.
- Tamames, Ramón, *Estructura económica internacional*, Madrid, Alianza, 1989.
- Troya Jaramillo, José V., “Naturaleza del derecho económico”, en *Estudios de derecho económico*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1998.
- “El ámbito y el alcance del derecho económico frente a los procesos de modernización del Estado y de privatización”, en Rafael Pérez Miranda y Martín Díaz Díaz, comps., *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998.
- Trujillo, Julio César, “El Estado en la Constitución”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Viciano Pastor, Roberto, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Witker, Jorge, “Derecho económico”, en *Introducción al derecho mexicano*, tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- *Derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Harla, 1985.
- *Introducción al derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Harla, 1997, 3a edición.
- *Derecho económico*, Colección Panorama del derecho mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / McGraw-Hill, 1997.

Integración europea y parlamentos nacionales

Claudia Storini*

La interconexión y dependencia recíproca entre Derecho comunitario y constituciones nacionales están aceptadas en la actualidad como un lugar común en el Derecho Público europeo, resultando casi explícitas en conceptos ya acuñados como el de *multilevel constitutionalism* de Pernice o el "constitucionalismo dual" de von Bogdandy. El artículo se detiene en el análisis de las influencia y del complejo juego de relaciones entre parlamentos nacionales y Unión Europea, enmarcándose claramente en el nuevo constitucionalismo europeo "multinivel". En él se analiza la interdependencia entre Derecho comunitario y derechos nacionales en materia parlamentaria. De modo descriptivo y analítico se estudia el papel que los parlamentos nacionales pueden y deben representar en el proceso de integración europea así como en la búsqueda de su mayor democratización y se ofrecen los elementos necesarios para valorar jurídicamente en qué medida realmente lo representan.

FORO

PLANTEAMIENTO GENERAL

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa supone, por lo general, un avance en la institucionalización de los mecanismos de participación democrática.¹ Entre estos avances pueden destacarse el aumento del papel y del poder del Parlamento Europeo, la creación del derecho de iniciativa ciudadana, el reconocimiento y promoción del papel de los interlocutores sociales y el reforzamiento del papel de los parlamentos nacionales. El reconocimiento de la relevancia del control efectuado por estos últimos sobre sus respectivos gobiernos como instrumen-

* Investigadora del Programa Juan de la Cierva.

1. A los pocos días de terminar este trabajo se asistió al "no" del pueblo francés y holandés a la ratificación del Tratado constitucional. Ante ello, en la Declaración de los jefes de Estado y de gobierno de los estados miembros de la Unión sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Consejo Europeo de los días 16 y 17 de junio de 2005), SN 117/05, se afirma que "Hemos procedido a un repaso general

to para garantizar el respeto del principio democrático se halla en el Título VI del Tratado dedicado a “la vida democrática de la Unión”, en cuyo artículo 45.2 se establece tanto la representación directa de los ciudadanos a través del Parlamento Europeo como la que podríamos definir “indirecta”, a través de los representantes de los gobiernos en el Consejo Europeo y de Ministros, responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus ciudadanos. El control, por parte de los parlamentos nacionales, de las actuaciones de sus representantes gubernamentales se vuelve, de esta manera, un elemento esencial para que el sistema comunitario cumpla con el principio democrático y con la necesidad de que estos órganos participen en el respecto del pluralismo político en los procedimientos de toma de decisión comunitarios, asegurando así una verdadera conexión entre instituciones comunitarias y ciudadanos.

Como es conocido, son muchos los interrogantes acerca de la garantía de la democracia, surgidos a raíz del impacto de los procesos de globalización² y, aun más, aquellos planteados en relación con los procesos de integración supranacional. En este ámbito el tema del *déficit democrático* ha llegado a ser un aspecto central de los estudios sobre las transformaciones del concepto de Estado en el siglo XX.³ En este sentido, y por lo que concierne la Unión Europea, si bien es cierto que todas las referencias al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales orbiten siempre en

del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Este Tratado es el fruto de un proceso colectivo destinado a dar la respuesta adecuada para un funcionamiento más democrático, más transparente y más eficaz de una Unión Europea ampliada. (...) Hasta la fecha, diez estados miembros han concluido con éxito los procedimientos de ratificación y han manifestado de este modo su adhesión al Tratado Constitucional. Hemos tomado nota de los resultados de los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos. (...) Este período de reflexión se aprovechará para hacer posible en cada uno de nuestros países un amplio debate en el que participen los ciudadanos, la sociedad civil, los interlocutores sociales, los parlamentos nacionales y los partidos políticos. (...) Volveremos a reunirnos durante el primer semestre de 2006 para proceder a una valoración de conjunto de los debates nacionales y acordar los próximos pasos del proceso”. En el convencimiento de que se encontrarán los medios para que la Unión siga progresando y en aras a la mejor comprensión de un pequeño, aunque no irrelevante, fragmento del proyecto europeo se decidió seguir adelante con la publicación del mismo sin proceder a modificación alguna.

2. Sobre el problema de la democracia de las organizaciones políticas posnacionales véase, entre otros, J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, Milán, Feltrinelli, 1999; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari-Roma, La terza, 2002; y “Globalizzazione e internazionalizzazione delle decisioni” en S. Labriola, dir., *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 81 y ss.
3. Los “déficit” que, ya desde hace tiempo, se imputan a la Unión Europea son básicamente tres: el de libertad, producto de las deficiencias en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales; el de democracia producto de la insuficiencia o falta de instrumentos de participación de los ciudadanos en la toma de decisión en seno de la Unión; y el que podría denominarse “déficit de descentralización”, generado por la insuficiencia de participación de los entes territoriales en el proceso de integración. Así P. Pérez Tremps, “La reforma del senado ante la Unión Europea”, en *Ante el futuro del Senado*, Barcelona, Generalitat de Catalunya / Institut d’Estudis Autonòmics, 1996, p. 434. Más en general sobre otros aspectos problemáticos del déficit democrático comunitario, véase, D. Santonastaso, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il déficit democratico delle istituzioni e della normazione dell’UE*, Nápoles, Jovene, 2004.

torno a la noción de *déficit democrático*, este último reviste un significado diferente según sea valorado en relación con el primero o con los segundos.

La doble realidad representada por dicha noción se expresó en términos claros ya en 1996 en el documento elaborado por el Ministerio español de Asuntos Exteriores para la Conferencia Intergubernamental. En este último se afirmaba que “Todo parece indicar que la cuestión del reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo va a ser crucial y una de las más polémicas durante la conferencia. Ya que, frente a la escuela que podríamos identificar como integracionistas partidaria de dotar de mayor legitimidad democrática al sistema a base de aumentar las responsabilidades del PE, la posición británica, danesa y de una parte de la mayoría gubernamental francesa irá más bien en la dirección de limitarlas o, si acaso, contenerlas en su nivel actual, ya que para todos ellos la verdadera legitimidad radica en los parlamentos nacionales”.⁴

A este respecto debe recordarse que las Comunidades Europeas se constituyen bajo la fórmula de “organización supranacional”.⁵ Una fórmula que, siendo distinta del modelo tradicional de relaciones internacionales, tampoco puede calificarse como de Derecho constitucional.⁶ De ahí que, aunque ya no se considere al Parlamento Europeo como “la única asamblea parlamentaria internacional del mundo”,⁷ y se entienda el concepto de integración como concepto autónomo, no puede olvidarse que el fundamento democrático de la estructura institucional comunitaria resulta todavía débil.⁸ Esta es la razón por la que la idea de “déficit democrático” comunitario se encuentra asumida de forma unánime aunque difieran las consideraciones respecto de su intensidad y de su alcance institucional.

4. *La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1995, p. 64.

5. Los criterios que fundamentaron la antigua discusión acerca de la distinción entre organización internacional y organización supranacional no son unánimes en la doctrina. Para algunos el carácter supranacional no hace que los tratados comunitarios sean ajenos al Derecho internacional, sino que representen un continuum de este último; véase, por ejemplo, M. Waelbroek, “Contribution a l'étude de la nature juridique des Communautés européennes”, en varios autores, *Problèmes de droit des gens*, París, A. Pedone, 1964, p. 515. Otros defienden una diferenciación que se basa en la naturaleza jurídica completamente distinta de los dos tipos de organización, véase, entre otros, M. Medina Ortega, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 104 y ss.

6. Sobre las problemáticas constitucionales planteadas por el fenómeno jurídico comunitario véase P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 21-23, y bibliografía allí citada.

7. Así C. Guazzaroni, en *Seminario internazionale su Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali dei Paesi della Comunità Europea*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 6.

8. Así P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, p. 35.

Frente a esta situación es lícito preguntarse: ¿hasta qué punto el principio democrático puede entenderse actualmente respetado –y hasta qué punto *podría* serlo en el futuro– sin abandonar del todo aquellos principios que se basan en la cooperación entre los estados soberanos y dejar que todo el sistema comunitario se base sobre los principios de la integración? A esta cuestión pueden darse dos tipos de respuestas: por una parte, la que prevalece en la mayoría de los debates doctrinales y que enfatiza la potenciación de los instrumentos democráticos dentro de la estructura de la UE incluyendo entre estos, por ejemplo, la reforma del actual sistema de elecciones al Parlamento Europeo.⁹ Y, por otra, la que concentra su atención en el incremento de los instrumentos internos de control democrático a cada uno de los estados miembros es decir la que estudia el “déficit democrático de segundo nivel”.¹⁰

Los argumentos a favor del incremento de los instrumentos democrático dentro de la organización institucional comunitaria no parecen del todo convincentes por diversas razones. En primer lugar, el Parlamento Europeo está aun lejos, desde el punto de vista representativo, de poder ser considerado un órgano a la par de sus homónimos nacionales. En segundo lugar, ningún Parlamento puede actuar adecuadamente como piedra angular del sistema democrático de un ordenamiento si está aislado del contexto político y social que le sirve de substrato.¹¹

Aunque asumiendo que las precedentes consideraciones no aporten argumentos decisivos contra la posibilidad de reconocer al Parlamento Europeo un papel similar al de los parlamentos nacionales de los estados miembros, debe evidenciarse que esto podría conseguirse tan solo otorgando a la Asamblea Europea ciertas prerrogativas que respeten los estándares constitucionales comunes de todo estado democrático. Prerrogativas que probablemente podrían obtenerse tan solo trasformando la Unión en un sistema *federal*. Los contenidos del Tratado constitucional demuestran que tal desarrollo, por el momento, no puede darse. Sin embargo, lo que sí existe es la posibilidad de que pueda darse algún tipo de democracia real en el ámbito europeo pero los proyectos para semejante desarrollo, como bien demuestran los nuevos Protocolos sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, deben buscar en otro lugar una respuesta al déficit democrático de la Unión, esto es, en un “parla-

9. Véanse, entre otros, A. Allue Buiza, *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las comunidades europeas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1990, pp. 56 y ss.; B. Boyice, “The democratic déficit of the European Community”, en *Parliamentary Affairs*, No. 46, Londres, 1993, pp. 458 y ss.

10. F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Madrid, CEC, 1999, pp. 105 y ss.

11. Así A. Pace, “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 2, Granada, 2004. Página de internet, dirección URL: <http://www.ugr.es/%7Eredce/ReDCE2/retos%20actuales%20del%20constitucionalismo%20pace.htm> (todas las referencias a las páginas de internet han sido verificadas el día 14 de febrero de 2005).

mento nacional-comunitario' como fulcro y método de decisión y de trabajo de la democracia parlamentaria en Europa".¹²

Partiendo de las indicaciones formuladas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al afirmar que "en la asociación de estados de la UE, la legitimación democrática tiene lugar en virtud de la conexión de la actuación de los órganos europeos con los parlamentos de los estados miembros",¹³ y pasando por las de Duverger según las cuales "la hora de los parlamentos suena en el reloj de Europa";¹⁴ puede plantearse la oportunidad de formular soluciones realistas y pragmáticas que otorguen a los parlamentos nacionales la función de legitimar democráticamente el sistema institucional comunitario.¹⁵ El objeto a tratar será, por tanto, el de cómo llevar a cabo esta función y cuáles son los procedimientos a seguir para reforzar esta faceta de la legitimidad democrática comunitaria. No obstante, antes de entrar a explicar estos puntos, parece necesaria una aclaración. Es cierto que una de las principales tareas llevada a cabo por los parlamentos nacionales en los asuntos europeos es la de autorizar los tratados comunitarios. Y lo mismo debe decirse por el ámbito de actividades que inciden en el desarrollo legislativo de la normativa comunitaria. Sin embargo, ni una ni otra afectan a la esencia del tema que ahora se debate, ya que lo que aquí se discute es precisamente la insuficiencia de estas dos formas de intervención y, tal y como desde el Tratado de Maastricht ha puesto de manifiesto, la necesidad de proponer otros procedimientos que aseguren una mayor intervención de los parlamentos nacionales en la fase de elaboración y toma de las decisiones comunitarias.

PARLAMENTOS NACIONALES Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Las modalidades de participación de los parlamentos nacionales en el sistema comunitario pueden ser estudiadas dividiendo en dos los ámbitos de actuación de estos órganos: el comunitario y el nacional. Puede afirmarse que, hasta el debate sobre el Tratado de Maastricht de 1992, este problema no se planteó de manera firme en las instancias comunitarias. Hasta entonces, como se verá, la cuestión se reduce a las res-

12. P. Ridola, "La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa", en H. J. Blanke y S. Mangiameli, coords., *The European Constitution, Springer*, Milán, 2005, en prensa, la versión informática de este artículo puede consultarse en: URL: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/democrazia_europa/

13. La sentencia traducida al español puede consultarse en la *Revista de Instituciones Europeas*, No. 3, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1993, pp. 975 y ss.

14. M. Duverger, *Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada*, Madrid, Alianza, 1994, p. 287.

15. Entre otros, M. Mazzoni Honorati, La "partecipazione" parlamentare al processo normativo europeo, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milán, Giuffrè, 1995, pp. 27 y ss.

pectivas esferas nacionales. Maastricht pone en primer plano la discusión acerca de la transferencia de competencias estatales esenciales, tradicionalmente ligadas a la potestad soberana del Estado moderno. Esta discusión agudizó la necesidad de establecer mecanismos para reforzar el principio democrático en la organización y funcionamiento del sistema comunitario. Entre ellos los que recaen en el marco de este estudio fueron, en primer lugar, el nuevo impulso a las vías de cooperación interparlamentarias, tanto mediante expedientes que fracasaron como en el caso de la Conferencia de parlamentos, como a través de cauces más modestos pero más ajustado a la realidad como la Conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios más conocido como Cosac. Y, en segundo lugar, la previsión de un medio concreto para facilitar la función de control parlamentario.

Como se apuntó anteriormente, la Conferencia de parlamentos, aunque fuera la principal opción de cooperación que se desprende del Tratado de Maastricht, en la práctica no se llegó a convocar nunca.¹⁶ No parece extraño, por tanto, que el Tratado de Amsterdam haya cerrado esta vía de participación silenciando toda referencia a ella en el marco del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea mientras, por el contrario, haya impulsado la Cosac. Este segundo instrumento de cooperación previsto en Maastricht era mucho más modesto ya que se limitaba a institucionalizar una organización nacida en París en noviembre de 1989.

La Cosac es, desde su origen, un instrumento de colaboración interparlamentaria, a través del cual los órganos especializados en asuntos comunitarios de los distintos parlamentos nacionales debaten en conjunto sus experiencias, problemas y proyectos. A pesar de su naturaleza de órgano de cooperación interparlamentaria, el Tratado de Amsterdam le ha dado un protagonismo institucional propio como instrumento de participación de los parlamentos en los asuntos comunitarios y, por consiguiente, como medio de ampliación de la legitimidad de éstos. Las modalidades de intervención de la Cosac en los asuntos comunitarios siguen reguladas por el Tratado de Amsterdam ya que el de Niza no se hizo eco de las reivindicaciones de la Cosac para reforzar su papel. Sus intervenciones no son obligatorias y solo se reconoce la potestad de los gobiernos de pedir su opinión sobre proyectos, y la facultad de la propia Cosac de dirigirse a las instituciones comunitarias.¹⁷ Puede afirmarse que, actual-

16. Acerca de los motivos del fracaso de este instrumento de cooperación interparlamentaria cfr. F.J. Matia Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, pp. 67 y ss.; J. Rideau, "La situation des Parlements nationaux dans l'Union européenne. Un déficit démocratique peut en cacher un autre", en *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart, Pedone*, París, 1996, pp. 324-325.

17. Art. 10 del reglamento de la Cosac. El Reglamento, aprobado por la XXIX Cosac en Atenas los días 5 y 6 de mayo de 2003, sustituye al Reglamento aprobado en Helsinki los días 11 y 12 de octubre de 1999. DOUE del 4

mente, la función esencial de la Cosac consiste en que un reducido número de parlamentarios nacionales, precisamente tres por cada Cámara en los parlamentos bicamerales y seis en los unicamerales, dispongan de información directa de las instituciones comunitarias e intercambien puntos de vista dos veces al año, durante un día y medio. La Cosac es, por tanto, un foro de debate y, en ocasiones, un lugar de intercambio, no siempre eficaz, de información. En este sentido, aunque no se pueda menospreciar este mecanismo de cooperación, hay que considerarlo como un medio limitado, parcial e incompleto.¹⁸ Estas son las razones por las que, desde hace tiempo, vienen debatiéndose dentro de la Cosac propuestas renovadoras de mayor o menor intensidad. En algunos casos se pretende simplemente mejorar su funcionamiento a través del establecimiento de un secretariado permanente y de unas delegaciones que no varíen en cada edición de ésta. En otros se plantea la necesidad de su institucionalización por los tratados comunitarios, mediante la previsión expresa de una obligación por parte de las instituciones comunitarias de enviar sus propuestas normativas para que la Cosac pueda examinarlas y, en su caso, criticarlas. Aunque no exista un acuerdo sobre las modalidades y la extensión del cambio, el denominador común de todas las propuestas es la necesidad de potenciar la actuación colectiva de los parlamentos nacionales.¹⁹ Esta necesidad, sin embargo, deberá respetar dos presupuestos, por un lado, las competencias que los tratados otorgan al Parlamento Europeo y, por otro, las competencias que las constituciones atribuyen a los parlamentos nacionales. Aunque los dictámenes de la Cosac no lleguen a vincular jurídicamente ni a los parlamentos nacionales ni a las instituciones comunitarias, parece claro que su intención es la de influir de alguna manera en los asuntos comunitarios. Ante ello, hay que poner de relieve que la posible influencia de la Cosac debe considerarse como no efectiva para garantizar el principio democrático. Esto, por un amplio abanico de razones que pueden así resumirse primer lugar, porque el número de representantes asignado a cada Estado proporciona una sobre-representación de las asambleas unicamerales y, además, determina la imposible representación de todo los grupos parlamentarios, especialmente en el caso de parlamentos nacionales bicamerales. En segundo lugar, en relación con la conexión entre miembros de la Cosac y su asamblea legislativa de origen, si no se admite una obligación de los miembros de defender los

de noviembre de 2004 (C270/1-6). Puede encontrarse en la página oficial de la Cosac, dirección URL: <http://www.cosac.org/en/documents/basic/procedures/spanish/>

18. M. Delgado-Iribarren, "La función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea", en E. García de Enterría, dir., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 381; en el mismo sentido véase también P. Birkinshaw, D. Ashiagbor, "National participation in community affairs: democracy, the UK Parliament and the EU", in *Common Market Law Review*, Leiden, Kluwer Law International, 1996, p. 513.
19. Para un análisis de las propuestas de reforma presentadas desde la constitución de la Cosac hasta la actualidad véase C. Storini, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

puntos de vistas fijados por su Asamblea, entonces la Cosac no serviría para reforzar el papel de los parlamentos nacionales sino más bien para debilitarlos. Al mismo tiempo negar la libertad de voto a los delegados nacionales plantea otros problemas como, por ejemplo, limitar la apertura de los debates o favorecer las mayorías parlamentarias, así como el de incidir en la prohibición de mandato imperativo. En tercer lugar, el impacto que las decisiones de la Cosac puede tener dentro de los parlamentos nacionales. Las comisiones parlamentarias en las que los participantes en la Cosac toman parte deben seguir ejerciendo su función de control de las actuaciones de cada uno de los gobiernos en los ámbitos comunitarios. En este sentido, por una parte, las decisiones de las Cosac podrían influir sobre las actuaciones de estas Comisiones y, por otra, la mayor carga de trabajo por algunos de los miembros de las Comisiones nacionales podría menoscabar la función de control parlamentario ejercido por estas.

A la vista de todas estas objeciones la conclusión no puede ser muy optimista. Si bien algunos de los problemas referidos podrían ser superados a través de una reforma del Reglamento de la Cosac, otros, sin embargo, son más difíciles de resolver. Se trata, en concreto, de los atinentes a la infrarrepresentatividad de la Cosac respecto de las comisiones parlamentarias nacionales y, especialmente, de los relativos a la configuración de la Cosac como órgano consultivo, ya que, es evidente que, bajo esta última hipótesis, se esconde la voluntad de instaurar una nueva instancia política que, como tal, intentaría influir en los asuntos comunitarios.

Las conclusiones del grupo de trabajo encargado, de estudiar “el papel de los parlamentos nacionales”,²⁰ así como la escueta disciplina reservada a la cooperación interparlamentaria por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,²¹ parecen demostrar la sensatez de las apreciaciones antes apuntadas.²²

En su informe final el grupo reconoció la importancia y utilidad de establecer una red y de mantener contactos periódicos entre los parlamentos nacionales, para llevar a cabo un intercambio de información sobre métodos y experiencias más sistemático y organizado. En este contexto se propuso que la Cosac elaborara un código de conducta o directrices para los parlamentarios nacionales que establezca normas míni-

20. Publicados en el informe CONV 352/02 presentado por este grupo el 22 de octubre de 2002. El texto del informe en versión informática es disponible en la página de internet de la Convención: URL: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00353en2.pdf>

21. El Protocolo, al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea puede consultarse en URL: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/oj/2004/c_310/c_31020041216es02040_206.pdf

22. Para un estudio sobre los trabajos de la Convención en este ámbito, véase, F. J. Matía Portilla, “Parlamento Europeo y parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 119, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2003, pp. 191-220.

mas para ejercer eficientemente el control sobre la actuación del gobierno.²³ Según el grupo, parecía también necesaria una mayor definición del mandato de la Cosac con objeto de reforzar su función de mecanismo interparlamentario y poder actuar, como plataforma de intercambio periódico de información y buenas prácticas, no solo entre las comisiones de asuntos europeos, sino también entre comisiones permanentes sectoriales. “Para ello, deberían poderse convocar conferencias interparlamentarias sobre cuestiones específicas, así como debería celebrarse anualmente la ‘semana europea’ para crear en cada Estado miembro una tribuna común de debates a escala de la UE sobre cuestiones europeas”.²⁴ El informe, además, dejaba abierta la posibilidad de que la Convención estudiara con mayor detenimiento la existencia de un margen para crear un nuevo foro de debate sobre las orientaciones de política general y la estrategia de la Unión, en el que participen tanto los parlamentos nacionales como el Parlamento Europeo.

El primero de los dos artículos del protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, dedicado a la cooperación interparlamentaria, parece hacer referencia a la necesidad de coordinar los innumerables foros de cooperación parlamentaria en el ámbito Europeo,²⁵ limitándose a establecer que los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo deberán definir como organizar, potenciar y regular eficazmente dicha cooperación. El segundo, dedicado a la Cosac, además de reproducir lo establecido por el Protocolo anexo al Tratado de Amsterdam, tan solo se hace eco de algunas de las aportaciones del grupo de trabajo, citando algunos nuevos cometidos y, más precisamente, el fomento del intercambio de información y de mejores prácticas y la posibilidad de organizar conferencias interparlamentarias sobre temas específicos, entre otros aquellos relacionados con la PESC y la PESD.

Todo lo hasta aquí apuntado indica que, en este ámbito, la alternativa para que la futura Unión Europea sea más democrática cimienta sus bases en los ordenamientos internos de cada uno de los estados miembros. Los parlamentos nacionales tienen, en consecuencia, una ineludible obligación que cumplir que es la de ser el cauce que permita establecer un control democrático de este nuevo poder político, ejerciendo su

23. En respuesta a esta recomendación la Cosac aprobó en su XXVIII reunión las “Orientaciones de Copenhague”, esto es, normas mínimas para las relaciones entre los gobiernos y los parlamentos en los asuntos comunitarios. DOUE de 2 de julio de 2003 (C 154/1 y 2). El texto de las Orientaciones está también disponible en: URL:<http://www.cosac.org/en/documents/basic/rules/spanish/>

24. Informe del IV Grupo de Trabajo, pp. 12-15.

25. Pueden citarse, por ejemplo, la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea y del Parlamento Europeo, el reconocimiento a los eurodiputados nacionales del derecho a asistir a las sesiones del Parlamento nacional o a las de las comisiones encargadas de asuntos europeos. La mayoría de las comisiones del Parlamento Europeo mantienen contactos permanentes con los parlamentos nacionales mediante reuniones bilaterales o multilaterales y visitas de presidentes o de ponentes. Las oficinas de los parlamentos nacionales ante la Unión Europea.

influencia sobre quienes forman parte de los órganos decisorios del sistema institucional europeo.

LAS EXPERIENCIAS NACIONALES DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS ASUNTOS EUROPEOS

El derecho constitucional de la integración, en este ámbito, empezó a desarrollarse muy tempranamente, mucho antes del Tratado de Maastricht. Casi todos los estados miembros habían iniciado procedimientos, más o menos intensos, para el debate en su seno de los asuntos comunitarios.²⁶ Así que, desde la decisión del *Bundestrat* alemán de 1957 de crear un Comité especializado en asuntos europeos, todos los parlamentos nacionales fueron creando órganos, normas y procedimientos para controlar sus respectivos gobiernos en sus actuaciones a nivel comunitario. No obstante, la diferente significación que cada parlamento ha otorgado a los conceptos de control, intervención y escrutinio, hace que el abanico de modalidades de participación de los parlamentos nacionales en las cuestiones europeas sea muy amplio.

Para comprender el alcance de la intervención de los parlamentos nacionales en las cuestiones europeas hay que empezar teniendo presente que dicha intervención se ve mediatizada por algunos elementos internos de cada uno de los ordenamientos. En buena medida, la manera en que esa participación se ha ido conformando en cada uno de los estados se explica por la configuración constitucional y legal de la posición del Parlamento y de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, así como por las propias tradiciones y circunstancias políticas. Para entender el desarrollo de la práctica danesa hay que, por ejemplo, tener en cuenta la tradicional intervención del *Folketing* en la política exterior, explicada, a su vez, por la también tradicional existencia de gobiernos de coalición en Dinamarca.²⁷ Estos datos también pueden ser útiles para entender las razones de la inexistencia de instrumentos normativos uniformes para regular estas cuestiones.

La participación del Parlamento en los asuntos europeos esta prevista en distintas constituciones nacionales con diversa intensidad. Así sucede, por ejemplo, en Alemania, Francia, Portugal y Suecia.²⁸ Por el contrario, otras constituciones como son la

26. Para una análisis de la evolución del control parlamentario de los asuntos europeos véase C. Storini, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*.

27. En H. Hegeland, I. Mattson, "To have a voice in the matter: a comparative study of the Swedish and Danish European committees", en *Journal of Legislative Studies*, No. 3, Londres, 1996, p. 200.

28. Art. 23 Constitución alemana, 163.f y 197.i Constitución portuguesa, 88.4 Constitución francesa.

de España, Dinamarca e Italia, ignoran el fenómeno. En estas últimas, la participación es regulada exclusivamente bien por disposiciones legislativas, establecidas a veces en el momento de la ratificación de los tratados constitutivo o de adhesión, según el caso de que se trate, o bien en los textos internos de los parlamentos en cuestión.²⁹

Desde el punto de vista funcional la presencia o no de disposiciones constitucionales que se encarguen de disciplinar este ámbito de intervención parlamentaria no tiene un gran significado. Es más, en aquellos estados en los que la regulación constitucional de esta materia es inexistente sucede por el contrario que el desarrollo material de la misma está especialmente avanzado y dotado de efectividad. Tal es el caso de Dinamarca, mientras lo contrario sucede en Francia donde el reconocimiento constitucional de la materia que nos trae al caso no garantiza el ejercicio de un papel efectivo del Parlamento.

Los avances realizados en Dinamarca desde 1973, con respecto a la participación de su Parlamento en la toma de decisiones comunitarias, demuestran que es posible adaptar el ordenamiento a nuevas realidades, si realmente existe el deseo político de salvaguardar los principios básicos de la Constitución. El proceso de toma de decisiones comunitario representaba un problema en relación con el parlamentarismo previsto en la Constitución danesa. Así que, aunque la Constitución no contenía ninguna provisión que garantizara la influencia del *Folketing* en las políticas danesas en la Unión, este problema fue resuelto en una forma flexible y satisfactoria.

Todo ello demuestra que no existe una proporcionalidad entre el rango de las normas que regulan la participación de los parlamentos nacionales en los asuntos europeos y la efectividad de dicha participación.

LAS COMISIONES ENCARGADAS DE LOS ASUNTOS EUROPEOS

Por lo que respecta la configuración de estos órganos de control, en los parlamentos bicamerales por regla general se ha constituido una Comisión especializada en asuntos europeos por cada Cámara, aunque existen casos como el español y el irlandés en los que solo hay una Comisión Mixta. Como ha puesto de relieve la doctrina

29. Ley belga del 5 mayo 1993, Ley danesa No. 447, 11 octubre 1972, leyes federales alemanas de 12 marzo 1993, Ley española 8/1994, Ley finlandesa de 31 diciembre 1994, Ley francesa 1979-564, modificada por las leyes 1990-385 y 1994-476, Leyes italianas 183/1987, 86/1989, 242/2000, Ley portuguesa 20/1994, Ley austriaca 1913/1094. Reglamentos de las Cámaras: para el Reino Unido, Standing Orden num. 127, para Bélgica art. 100 de la Cámara de los Representantes y art. 62 bis del Senado, Grecia art. 32.a.

la existencia de órganos mixtos en parlamentos bicamerales, además de suscitar problemas prácticos y disolver, hasta cierto punto, las funciones de cada una de las Cámaras, puede alterar la relación entre mayorías y minorías, modificando así, inevitablemente, la representación otorgada por los ciudadanos a unos y otros partidos políticos en el Parlamento.³⁰ Estos problemas desaconsejan la solución adoptada por España de crear una Comisión Mixta.

La composición de las Comisiones especializadas en asuntos europeos es muy variada desde los 16 miembros del “Comité Selecto” de la Cámara de los Comunes británica a los 42 de la Comisión Mixta española. De igual manera difieren sustancialmente de unos a otros parlamentos las formas de llevar a cabo el examen de los asuntos europeos. En general, puede afirmarse que en aquellos estados miembros que disponen de un sistema de control débil las funciones de estos órganos son análogas a las de otras Comisiones parlamentarias, esto es, recabar la información y documentación que precisen del Ejecutivo, celebrar debates, requerir la comparecencia de miembros del Gobierno para que informen sobre asuntos relacionados con la Unión o aprobar iniciativas en materia comunitaria. En otros casos, estas comisiones se configuran como atípicas, con funciones propias que pueden, en la práctica, afectar las propias competencias de las Cámaras. Así, por ejemplo, la Comisión para las relaciones con Europa del Parlamento danés que no prepara el trabajo del pleno de la Cámara, sino que lo sustituye y negocia directamente con el Gobierno, o de la Comisión Europea del Bundesrat alemán creada en 1988 para que decida en nombre de la Cámara cuando una cuestión es muy urgente y no puede ser tratada por el Pleno en breve plazo. En otros casos, como en el del Bundestag alemán, las comisiones parlamentarias pueden elaborar informes en nombre de la Cámara.³¹

El mayor problema que plantean las comisiones especializadas en asuntos europeos radica en la difícil delimitación de su ámbito de actuación respecto de las otras comisiones permanentes. El ámbito de las primeras es horizontal y en él se ven involucradas competencias propias de otras comisiones como, por ejemplo, la de asuntos exteriores, agricultura, medio ambiente, defensa, justicia o de interior; y, más en ge-

30. Según P. Pérez Tremps, “la existencia de órganos mixtos en parlamentos bicamerales viene a representar una cierta ruptura de la lógica representativa de cada una de las cámaras. En efecto, en la medida en que el bicameralismo responda a un doble principio de representación, como es el caso español, un órgano mixto viene a confundir ambas ‘legitimidades’”, “La débil ‘parlamentarización’ de la integración europea”, en E. García de Enterría, dir., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 405. Véase, también, F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, pp. 158 y ss.; M. Daranas Paláez, “La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas”, en *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, Valencia, 1988, pp. 39 y ss.

31. A. J. Cygan, *National Parliaments an Integrated Europe. An Anglo-German Perspective*, Londres/New York, Kluwer Law International, 2001, pp. 113 y ss.

neral, podría afirmarse que, actualmente, son pocas las comisiones cuyas competencias materiales no se vean afectadas por actividades comunitarias. La solución más razonable para este problema parece consistir en la especialización de las funciones de las Comisiones para los asuntos europeos. Es decir, se trata de que realicen funciones distintas no solo de las que llevan a cabo las otras comisiones permanentes, sino, también, en el caso de parlamentos bicamerales, de las atribuidas a las comisiones homónimas en cada una de las cámaras. Los medios para conseguir esta finalidad pueden ser varios. En el Parlamento inglés, que debe considerarse como el que mejor ha desarrollado esta especialización, aunque ambas cámaras examinen la totalidad de los documentos presentados por el gobierno, los procedimientos seguidos difieren completamente. Baste aquí evidenciar la diferencia entre sus nombres, el Comité de la Cámara de los Lores es el Comité Selecto para la Unión Europea, mientras que el de la Cámara de los Comunes se denomina Comité Selecto para la Legislación Europea. De allí que el Comité Selecto de la Cámara de los Lores, como su nombre indica, tiene un espacio de actuación mucho más amplio en comparación con el de la Cámara de Comunes, cuya única tarea es examinar las propuestas legislativas europeas. La importante función de “reflexión” y debate sobre las cuestiones europea que el Comité Selecto de la Cámara de los Lores, desde un principio, ha llevado a cabo hace que este se considere como el instrumento más fuerte de control en ambas cámaras. Ello porque la solvencia y el prestigio de sus informes es reconocido más allá del Reino Unido. Quizás la observación más clara sobre Comité Selecto de la Cámara de los Lores y la que mejor ilustra su naturaleza es la de Donald Shell que describe este órgano como “específicamente activo más que simplemente reactivo en el desarrollo de sus funciones”.³² En este sentido, el trabajo del Comité Selecto sobre la Legislación Europea debe considerarse como esencialmente reactivo, y, aunque sus funciones se hayan modificado, sigue siendo acertado describir la tarea primaria de este Comité como de examen técnico de las propuestas legislativas comunitarias, es decir, un examen que necesariamente corresponde a la agenda fijada por el Consejo de la Unión. Esto permite que tanto en los Comités Permanentes, como, ocasionalmente, en la propia Cámara. Asimismo, pueda llevarse a cabo, rápidamente, un debate con conocimiento de causa. Asimismo, el Comité Selecto lleva a cabo lo que la *House's Standing Order* numero 143 denomina “*burglar alarm*”, una información de urgencia para que la Cámara pueda estar siempre al tanto de las cuestiones más relevantes.³³ La tercera y última tarea de este órgano es la de mantener y

32. “The European Communities Select Committees”, en G. Drewry, edit., *The New Select Committees*, Londres, Kluwer Law International, 1985, p. 246.

33. *En The European Scrutiny System in the House of Commons, A short guide for Members of Parliament by the staff of the European Scrutiny Committee*, pp. 37-39, disponible desde internet en: http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/european_scrutiny/the_european_scrutiny_system_in_the_house_of_commons.cfm

sistematizar las relaciones entre la Cámara y el Gobierno en temas europeos y, sobre todo, controlar el cumplimiento por parte del Gobierno de las obligaciones que se le imponen para garantizar un control eficaz, por parte de la Cámara, de sus tomas de decisiones dentro del Consejo de la Unión.

En el Parlamento danés por el contrario se ha utilizado el instrumento de la cooperación entre la Comisión para los Asuntos Europeos y sus otras Comisiones permanentes. Las Comisiones se informan recíprocamente acerca de las repercusiones de las iniciativas comunitarias sobre el propio ámbito de competencia, y la Comisión para los Asuntos Europeos sigue siendo la única que pueda formalizar un mandato de negociación, jugando un papel de coordinación de las demás comisiones. El creciente papel de las demás comisiones parlamentarias permanentes dentro del procedimiento de control de los actos comunitarios es indudablemente un avance para el proceso de toma de decisiones, en orden a mantener una determinada posición en el Consejo de la Unión, no obstante, la cooperación ha dado lugar a cierta rivalidad entre la Comisión para los Asuntos Europeos y las demás comisiones. Estas últimas pueden, en la práctica, llegar a influenciar hasta tal punto a los ministros que luego podría ser difícil conseguir cambiar su punto de vista sin causar un problema político, más aún, si se considera que las opiniones de las demás comisiones permanentes podrían definirse como mucho más técnicas, mientras que la Comisión para los Asuntos Europeos en su papel de coordinador debe siempre tomar en consideración ámbitos políticos más amplios.³⁴ En España la creación de subcomisiones en el seno de la Comisión Mixta para la UE es habitual, pero, en general, con el único objetivo de analizar y estudiar alguna cuestión concreta, y no como mecanismo ordinario de organización del trabajo.

LA INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL

Por lo que concierne a la incidencia del control parlamentario en relación con las propuestas legislativas y los otros documentos europeos, esta puede ser evaluada en relación a diferentes momentos del mismo procedimiento de control; en primer lugar el envío y la recepción de los documentos; en segundo lugar el examen de las iniciativas europeas; y, por último, la deliberación y la reserva de examen parlamentario.

Dentro del primer bloque se encuentra la cuestión relativa al tipo de documentos remitidos a los parlamentos por sus gobiernos. Y más precisamente a la extensión del

34. F. Laursen, "Parliamentary bodies specializing in European Union Affairs: Denmark and the Europe Committee of the Folketing", en F. Laursen, S. Pappas, coords., *The changing role of Parliaments in the European Union*, Maastricht, Institute of Public Administration, 1995, p. 50.

ámbito de la intervención parlamentaria. Esta puede desarrollarse en relación, por un lado, con los documentos emanados por la comunidad, es decir, las propuestas normativas y otros documentos que aún siendo más o menos formalizados no tienen fuerza normativa y, por otro, con los documentos procedentes del segundo y tercer pilar.

Por lo que concierne el pilar comunitario, la intervención parlamentaria está prevista de manera general en relación con todos los documentos emanados por la Comunidad y, en especial, todas las propuestas de actos normativos. En relación con documentos procedentes de los otros pilares la práctica es mucho más variada. Los países que reciben la información de todos los documentos de la Unión Europea son, además de los países nórdicos, Italia, Reino Unido, Alemania, Francia y Austria.³⁵ Esto no significa que los demás países no reciban información sobre estos documentos pero sí que la transmisión de dicha información depende exclusivamente de la voluntad del Ejecutivo. A este respecto hay que tener en cuenta el desarrollo experimentado, con la aprobación del Tratado de Amsterdam, por los dos pilares de cooperación, y, sobre todo, por el de Cooperación Policial y Judicial en materia penal, cuyo funcionamiento, aunque no responda al esquema jurídico de la integración, ya no encaja en las técnicas de cooperación. Por estas razones el ámbito de control de la Comisiones debería extenderse, en todo los ordenamientos, a todos los documentos procedentes de estos pilares.

En este mismo bloque, a su vez, figura el condicionamiento sobre la eficacia del control parlamentario, provocado por el tiempo que media entre la presentación de las propuestas a las cámaras y el voto en el Consejo. Aquí hay que citar, en primer lugar, la cuestión relativa a las modalidades a través de las cuales se disciplina el envío por parte del Gobierno de los documentos pertinentes en función del ámbito de intervención parlamentaria. El Tratado de Amsterdam, aunque formalizando a nivel europeo el compromiso de los Gobierno, no establece plazos concretos, y la mayoría de las disposiciones internas que disciplinan este aspecto tampoco parecen hacerlo de manera más exhaustiva. Baste con citar, por ejemplo, el ordenamiento danés que prevé la transmisión de las iniciativas legislativas tan pronto como sean traducidas a su idioma, o el alemán en el que se establece la obligación del Gobierno de informar extensivamente y lo más pronto posible.³⁶ En España la Comisión Mixta aprobó por

35. En el caso italiano el ámbito fue ampliado con el art. 6 de la Ley 422/2000, con el que el legislador intervino directamente en la disciplina general de la Ley 86/89, "La Pergola", introduciendo el art. 1 bis, "Transmisión al Parlamento y a las Regiones de los proyectos de actos comunitarios". La Ley, definitivamente aprobada por el Senado de la República el 19 de enero de 2005, todavía pendiente de promulgación y publicación, que establece "Normas generales sobre la participación de Italia al proceso normativo de la Unión Europea y sobre los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias" extiende aun más este ámbito incluyendo también los libros blancos, verdes y las comunicaciones de la Comisión.

36. A. J. Cygan, *National Parliaments an Integrated Europe. An Anglo-German Perspective*, p. 118.

unanimidad, en la V legislatura, una Proposición no de ley por la que se instaba al Gobierno para que exigiera a la Comisión Europea el envío inmediato en castellano de todas sus propuestas legislativas para que este pueda, a su vez, remitirlas con celeridad al Parlamento.³⁷ Es evidente que la ausencia de plazos concretos facilita la apatía o simplemente una inercia difícilmente controlable que, en algunos casos, puede incidir significativamente sobre la efectividad de la intervención parlamentaria. En segundo lugar, y en relación con la recepción de los documentos por parte de las Comisiones parlamentarias, existen en muchos países unos trámites burocráticos que ordinariamente la retrasan. Así, en el caso español, los pasos desde la recepción de un documento por la Representación Permanente hasta el ingreso del mismo en la Comisión Mixta son, en primer lugar, su envío al Ministerio de Asuntos Exteriores, de allí al Ministerio de Presidencia que, a su vez, lo remite a los registros de las Cámaras para, finalmente, pasar por el acuerdo de traslado de las Mesas después del cual se remite a la Comisión Mixta. Un sistema tan complejo solo puede influir negativamente en el eficaz desarrollo de las funciones de la Comisión mixta.

Las problemáticas hasta aquí analizadas, eso sí con diversos grados de complejidad, son comunes a la mayoría de los ordenamientos nacionales. La inflexión se produce respecto del segundo momento en el que inicialmente se ha dividido el procedimiento de control parlamentario con el fin de evaluar su incidencia, es decir, el examen de las iniciativas europeas por parte del órgano parlamentario especializado.

Los rasgos de los modelos más avanzados son los siguientes; en primer lugar, la existencia de un órgano especializado encargado de un primer somero examen de la documentación presentada. Su composición es normalmente reducida como en el caso de los Subcomité de la Cámara de los Lores, o de la Mesa de la Delegación francesa. El importante número de documentos a analizar³⁸ y la brevedad del tiempo del que disponen han llevado a reforzar el personal técnico de soporte a las Comisiones, para poder llevar rápidamente a cabo tareas puramente administrativas como la de ordenar toda la documentación recibida, conseguir del Gobierno los informes pendientes, etc. Una vez seleccionados, por este órgano, los asuntos que no necesitan atención parlamentaria de los que susciten algún interés, estos últimos bien se remiten a las comisiones especializadas, como en el caso de la Cámara de los Comunes y de la Delegación francesa, o bien se estudian por el propio órgano que las recibe, como en el caso subcomité de la Cámara de los Lores.

37. Sección No. 12 de la V legislatura (DSCG/CM/V/42).

38. El número exacto puede consultarse en el informe de discusión *National Parliaments in the European Architecture: elements for establishing a best practice mechanism*, elaborado por A. Maurer y presentado como documento de trabajo No. 8, al IV Grupo de la Convención. Puede consultarse en URL: <http://european-convention.eu.int/docs/wd4/1380.pdf>

En general el efecto más evidente de la labor de las Comisiones de asuntos comunitarios consiste en que el Parlamento nacional, en general, y, en particular, la oposición al Gobierno, puedan controlar e intentar influir en la decisión que su Gobierno adopte en el Consejo de la Unión Europea. Las fórmulas para conseguir este objetivo son muy variadas. En los países escandinavos, bien en las sesiones semanales, o bien antes de la celebración de un Consejo de la UE, los ministros o el ministro competente comparecen ante la Comisión en una reunión a puerta cerrada.³⁹ Allí se debate el asunto, formalizando un mandato que vinculará al Gobierno acerca de la posición a defender en el Consejo de la Unión. Los mandatos de negociación, aunque sean políticamente vinculantes, suelen ser bastante indeterminados en su formulación, con el fin de permitir un cierto margen de actuación al Gobierno en sus negociaciones con los restantes estados miembros. En cualquier caso, el gobierno deberá actuar dentro de los límites del mandato. Esto implica que si la iniciativa legislativa sufre modificaciones importantes el Ministro danés deberá pedir el aplazamiento de la decisión invocando la reserva de examen parlamentario y volver ante la Comisión para conseguir otro mandato.⁴⁰ El procedimiento seguido en la Comisión de la Cámara de los Comunes se inicia con “la hora” de preguntas al Ministro, a la que sigue el debate propiamente dicho al que asiste el representante gubernamental que, a través de este mecanismo, puede conocer la opinión de los parlamentarios. En la Cámara de los Lores las Subcomisiones europeas elaboran un número reducido de informes que persiguen, en primer lugar, un examen riguroso, profundo y detallado de los problemas que los diferentes actos europeos pueden plantear en relación con el ordenamiento inglés y, en segundo lugar, la sistematización de los criterios propuestos para solucionarlos. Estos informes se someterán luego a la deliberación del Pleno.

Todos los demás parlamentos se limitan, sin regularidad alguna, a someter a deliberación, en Comisión o en Pleno, aquellos asuntos comunitarios que consideren más relevantes, con una pretensión de control e influencia en los criterios gubernamentales. No obstante, la influencia de estas Comisiones será efectiva solo si la discusión se llevara a cabo antes de que se tome la decisión, es decir, antes de la reunión del Consejo de la Unión en cuyo orden del día esté incluido el asunto en cuestión. Para ello, en el ordenamiento de muchos estados se ha establecido una “reserva de examen parlamentario”, lo cual nos introduce en el tercer momento del procedimiento a través de los cuales se ha intentado evaluar la incidencia del control parlamentario sobre los asuntos europeos.

39. F. Laursen, “Parliamentary bodies specializing in European Union Affairs: Denmark and the Europe Committee of the Folketing”, p. 47.

40. F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, p. 123.

Dicha reserva ha sido homogeneizada, en parte, por el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea que establece un plazo de seis semanas entre el momento en que la Comisión trasmite al Consejo una propuesta legislativa o de otras medidas y su inserción en el orden del día del Consejo.

Con esta reserva el Gobierno se compromete a no manifestar su criterio en el Consejo de la Unión Europea hasta que el Parlamento haya tenido oportunidad de deliberar sobre el asunto.

La reserva parlamentaria se ha establecido en los ordenamientos de los estados miembros con muy diversos instrumentos normativos,⁴¹ y también son diferentes las cláusulas de salvaguarda para el Gobierno que, por lo general, se aplican por urgencia, o cuando una cuestión se considere rutinaria, de poca relevancia o sustancialmente igual a otra ya tratada. El ministro competente puede también expresar su opinión si considera que existen especiales razones que le impiden esperar u otros motivos de interés nacional, y que permiten no respetar la reserva, con el compromiso, esto sí, de dar cuenta “*a posteriori*” a la Cámara.

El problema que plantea la “reserva de examen parlamentario” así configurada es la de no cubrir los dos tercios de los puntos incluidos en la agenda del Consejo, ya que ellos vienen decididos a través de “acuerdos preliminares” dentro del Coreper o hasta en los grupos de trabajo y, por tanto, con mucha antelación respecto de la elaboración de las indicaciones parlamentarias.

El objetivo último de estas Comisiones, como ya se ha señalado, es el influir sobre la posición adoptada por el representante ministerial dentro del Consejo de la Unión a través de un mandato de negociación. La Comisión danesa es la única que puede imponer tales mandatos al Gobierno nacional, aunque quepa la posibilidad de que no adopte ninguna posición en relación con un determinado asunto. En este caso, el ministro gozará de total libertad para negociar lo que estime oportuno en el Consejo de la Unión. Este instrumento si fuera utilizado por todos los ordenamientos permitiría, más allá de las peculiaridades del modelo danés, la existencia de un mecanismo de control por parte de la minoría Parlamentaria, elemento que se configura como esencial en los estados democráticos, a pesar de que su efectividad en cada momento dependa del apoyo parlamentario con el que cuente el Gobierno. Y ello porque es imaginable, en virtud de la significativa experiencia de la Comisión danesa, que incluso gobiernos mayoritarios no cuenten, en ocasiones, con la aprobación automática en el Parlamento de su propuesta de negociación comunitaria.

41. Se trata, por ejemplo, de preceptos constitucionales en el caso Alemania y Austria, de leyes, en Holanda e Italia, reglamentos parlamentarios y resoluciones del Comité de procedimiento en Gran Bretaña, de una circular del Primer Ministro en Francia y de convención constitucional en Dinamarca.

Con el análisis hasta aquí realizado se ha pretendido evidenciar la multiplicidad de factores que influyen por cada Estado en la intensidad de participación de sus parlamentos en los asuntos europeos. No obstante, debe apuntarse que más allá de los concretos procedimientos a través de los cuales se sustancia el control parlamentario, los factores que más influyen sobre él son la tradición parlamentaria y el papel que el Parlamento ocupa en el sistema político, la disciplina parlamentaria de los partidos políticos, la naturaleza de los gobiernos y la estructura jurídico-constitucional del Estado. Por ello, es evidente que en este ámbito se trata de unas decisiones autónomas, ya que el papel que tenga cada Parlamento nacional en el tratamiento de los asuntos europeos es en principio una cuestión interna propia de la autonomía de cada Estado. Sin embargo, existen algunos factores relacionados a la eficacia de este control que han sido reforzados, con la aprobación del Tratado por el que se establece una constitución para Europa, a través de una disciplina uniforme a nivel comunitario.

LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El Tratado constitucional, en primer lugar, demuestra que una más intensa participación de los parlamentos nacionales en los procedimientos comunitarios no distorsiona el funcionamiento de la Unión, ni añade mayor complejidad a sus procesos de toma de decisión y de actuación. En segundo lugar, revela la existencia de la voluntad a nivel comunitario de hacer efectivas todas aquellas medidas que fortalecen el papel de estos órganos y, con ello, su función de catalizador del debate comunitario, para que por fin pueda lograrse algún tipo de conexión entre ordenamiento europeo y ciudadanos. Pero, sobre todo, apunta a la conciencia de que para conseguir afianzar el proceso de integración y su legitimidad democrática no puede prescindirse de una adecuada participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones europeas. Tanto es así que, en su garantía, el derecho comunitario ha llegado a quebrar el principio de autonomía institucional penetrando en el derecho interno.

Los elementos relacionados a la eficacia del control parlamentario que han sido reforzados a través de una disciplina uniforme a nivel comunitario, pueden resumirse como sigue. Por lo que concierne al alcance del deber de información de los parlamentos no queda ya ningún ámbito material exento. En el Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea se prevé la transmisión directa a los parlamentos nacionales de todas las propuestas de actos legislativos europeo, así como todos los documentos de consulta de la Comisión (libros verdes, libros blancos y comunicaciones), el programa legislativo anual y cualquier otro instrumen-

to de programación legislativa o de estrategia política. La selección del elevado número de documentos que serán transmitidos a los parlamentos será indirectamente facilitada por lo dispuesto en Título V, de la Parte I, del Tratado, es decir por la introducción de una jerarquía normativa entre los actos comunitarios.

El Protocolo establece además la transmisión directa a los parlamentos del programa legislativo anual y demás instrumentos de programación legislativa o estratégica. El acceso a estos instrumentos de programación permitirá a los parlamentos disponer de la información sobre las propuestas legislativas así como sobre la planificación estratégica global, necesaria para planificar su trabajo e intervenciones. Por cuanto se refiere al acceso a la información no relacionada con los proyectos de acto legislativo la transmisión directa de los documentos consultivos de la Comisión representa tan solo una aclaración de lo establecido en el Tratado de Amsterdam, de acuerdo con el cual estos documentos se transmitirían "puntualmente". Asimismo, el Tribunal de Cuentas deberá enviar su informe anual a título informativo a los parlamentos nacionales.

También tendrá un indudable efecto positivo sobre la función de control de los ejecutivos, la decisión de reservar a la Comisión Europea, al Parlamento y al Consejo, según el caso de que se trate, la labor de información a través de la transmisión directa de los proyectos de actos legislativos europeos a los parlamentos nacionales al mismo tiempo que a las otras instituciones comunitarias. A través de esta previsión se consiguen dos resultados: por una parte, superar los problemas causados por la desidia de algunos gobiernos; y, por otra, tener constancia de la fecha de envío a los efectos del plazo de seis meses para que los parlamentos puedan ejercer el control sobre sus ministros. Sobre todo porque este plazo, aunque no siendo generoso, puede considerarse suficiente una vez garantizada la uniformidad del traslado de los documentos.

Por otra parte, si bien se reproduce la antigua obligación de respetar un plazo de seis semanas antes de la inclusión de una propuesta en el orden del día del Consejo de Ministros, se añade que, a lo largo de este plazo, salvo excepciones por motivos de urgencia, no deberá verificarse ningún acuerdo sobre ella, lo cual elimina la posibilidad de que otros órganos comunitarios puedan llegar a acuerdos preliminares sobre estas propuestas, lo cual, en principio, impide que durante este período pueda llegarse a acuerdos preliminares en el Coreper o en los grupos de trabajo.

Otro aspecto relevante es la obligación del Consejo de sesionar públicamente cuando delibere sobre propuestas legislativas, así como la de comunicar a los parlamentos los órdenes del día, las actas y los resultados de dichas sesiones. Aunque las disposiciones relativas a la publicidad de las sesiones son de naturaleza general y no están directamente destinadas a los parlamentos nacionales, este cambio contribuye

a que los órganos parlamentarios reciban más rápidamente la información y puedan, además, fiscalizar fácilmente la acción de sus gobiernos en el Consejo.

No obstante, la novedad más relevante es, sin ninguna duda, la introducción, en el Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad, del mecanismo de “alerta rápida”, mediante el cual todo Parlamento puede, en el plazo de seis semanas a partir de la transmisión, “dirigirse a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dar un punto de vista motivado conteniendo las razones por las cuales estimaría que la propuesta en cuestión no es conforme al principio de subsidiaridad”.⁴² Si el dictamen sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad representa a un tercio del total de los votos atribuido a los parlamentos,⁴³ la Comisión, o bien el órgano en el que el proyecto de acto legislativo europeo tiene su origen, deberá volver a estudiar su propuesta y puede decidir mantener su propuesta modificarla, o retirarla, conservando así su poder con la “única obligación”, en el primer caso, de “motivar su decisión”.

Es evidente que a través de la previsión del mecanismo de “alerta rápida” el derecho comunitario irrumpe en el derecho parlamentario ya que su finalidad no es simplemente la facilitar desde el ordenamiento supranacional la participación parlamentaria, sino la de regular, aunque escuetamente, una nueva forma de intervención parlamentaria cuya consecuencia es la previsión de nuevas facultades a desarrollar para estos órganos. Así que la necesidad de legitimar el proceso de integración a través de la garantía de sus principios informadores entra en colisión con otro principio sobre el que hasta ahora se había basado este mismo proceso, esto es, el de autonomía institucional.⁴⁴

Además de este control político cuyos efectos son bastante limitados, el Tratado prevé la posibilidad de actuación ante el Tribunal de Justicia a través los recursos de nulidad por incumplimiento del principio de subsidiariedad “interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo III-365 de la Constitución por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”.

Por su parte, también los artículos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia establecen un cometido para los parlamentos nacionales que debe considerarse

42. Art. 8 del Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

43. El segundo apartado del art. 7 del Protocolo establece que: “cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”.

44. En este sentido E. Albertí Rovira y E. Roig Molés, “El nuevo papel de los parlamentos nacionales entre Derecho Constitucional nacional y Derecho Constitucional europeo”, en M. Cartabia, B. de Witte, P. Pérez Tremps, dirs., *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirano lo Blanch, 2005, pp. 477 y ss.

como un reconocimiento de la tarea específica que estos órganos desempeñan en un espacio que, necesariamente, incide sobre las libertades fundamentales y, por ello, al núcleo central del principio de subsidiariedad. Debe además señalarse que, en el caso de propuestas legislativas relativas a este espacio, el umbral para la activación del mecanismo de “alerta rápida” sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad se reduce al 25% del total de los votos atribuidos a los parlamentos.

Por último, el Tratado introduce la obligación del Consejo Europeo de comunicar a los parlamentos nacionales toda iniciativa tomada en aplicación del procedimiento “de revisión simplificada de la constitución”. Este procedimiento autoriza al Consejo Europeo a adoptar decisiones con las que puede, por una parte, consentir al Consejo de Ministros pronunciarse en un determinado ámbito por mayoría cualificada aunque el Tratado establezca la unanimidad; y, por otra, permitir la aprobación de leyes o leyes marco europeas por el procedimiento legislativo ordinario cuando debería seguirse el especial. Ahora bien, lo que resulta significativo es que la transmisión de estas iniciativas a los parlamentos no tiene un valor meramente informativo ya que “de mediar oposición de un Parlamento nacional” el Consejo Europeo no podrá adoptar la decisión.

Todos estos mecanismos si, por una parte, deben considerarse como una adecuada respuesta a los problemas planteados acerca de una más incisiva presencia de los parlamentos en el sistema comunitario, por otra, plantean algunos problemas desde el punto de vista de su eficacia, ya que debe suponerse que difícilmente la mayoría parlamentaria llegará a adoptar, a nivel europeo, una posición diferente a la de su Gobierno. Por ello, la relevancia del sistema de “alerta rápida” será directamente proporcional a su capacidad de suscitar en cada país un debate interno que permita a las minorías expresar sus posiciones acerca de determinadas decisiones comunitarias. Esta potencialidad cubre, además, un ámbito bastante amplio en función de las extensas implicaciones que tiene el principio de subsidiariedad. Al igual que por el control político, la activación del control jurisdiccional necesitará una intervención normativa de los estados que delimite el ejercicio de su legitimación.⁴⁵

Es así que, aunque con el nuevo Tratado se abra a nivel europeo un espacio de participación mucho más amplio para los parlamentos nacionales, su concreta delimitación corresponderá a los ordenamientos de cada uno de los estados. Para demostrarlo, baste con apuntar que la escasa precisión de las disposiciones europeas deja a estos últimos un amplio margen de maniobra, que podría hasta llegar a permitir la previsión de la obligación del Parlamento o del Gobierno de ejercer su legitimación

45. Las problemáticas inherentes al sistema de “alerta rápida” han sido analizadas en profundidad por E. Albertí Rovira y E. Roig Molés, *ibidem*, pp. 483-486.

a instancia de diferentes minorías configuradas en función de las diferentes realidades políticas y territoriales de cada Estado miembro.

Si es cierto que una adecuada participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones europeas redundaría en un reforzamiento del proceso de integración comunitaria y de la legitimidad democrática de sus instituciones, también lo es que las nuevas funciones otorgadas por el Tratado constitucional a los parlamentos demuestran, más claramente que nunca, la necesidad de una evolución conjunta de los ordenamientos estatales y europeo que facilite la correcta articulación del proceso de integración a estos dos niveles.

Por todo ello, los resultados alcanzados a nivel comunitario no llegarán a desarrollar todas sus potencialidades al margen de un real proceso de adaptación de aquellos ordenamientos constitucionales en los que todavía existe un débil reconocimiento de la integración europea.

ferior a la Constitución y, al mismo tiempo, condiciona en buena medida la producción del derecho económico nacional, por lo menos en áreas que interesan a la formación del mercado interior y en general a los objetivos del proceso. Por otro, que el derecho económico subregional nace de un tratado internacional que al mismo tiempo es el tratado fundacional de la comunidad; así mismo, el derecho internacional encuentra anclaje en la carta política nacional debido a las cláusulas que ella contiene acerca de la participación exterior del Estado.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

El Derecho económico internacional se refiere a disposiciones, principios y costumbres que regulan los comportamientos privados y públicos, a la luz de los fenómenos de internacionalización y globalización, signos distintivos de este tiempo. Para el caso de Ecuador, esas normas se refieren al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial de Comercio, etc., y más obligaciones derivadas de tratados de cooperación, de coordinación, de comercio e inversiones, suscritos por el país. Por ejemplo, están el Convenio Comercial entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de El Salvador;⁸⁹ el Tratado de Comercio y Navegación entre los Gobiernos de la República del Ecuador y la República del Perú;⁹⁰ el Convenio de Aceleración y Profundización del Libre Comercio entre el Ecuador y el Perú;⁹¹ Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Italiana sobre la Promoción y Protección de Inversiones;⁹² Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones;⁹³ Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.⁹⁴

Se tiene entonces que el derecho económico internacional encuentra sustento en instrumentos internacionales de variada denominación (tratados, convenios, acuerdos, pactos, etc.), que prevalece sobre toda la legislación interna de los estados salvo sobre la Constitución. No parece entonces extraño afirmar que el derecho económico internacional puede condicionar la producción del derecho económico nacional inferior a la Norma Fundamental.

89. Registro Oficial No. 776, de 7 de septiembre de 1995.

90. Registro Oficial No. 137, de 26 de febrero de 1999.

91. Registro Oficial No. 137, de 26 de febrero de 1999.

92. Registro Oficial No. 537, de 4 de marzo de 2005.

93. Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997.

94. Registro Oficial No. 389, de 6 de marzo de 1986.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ECONÓMICO

Inicio este acápite indicando, junto a Rojo, que el derecho económico es la constitución jurídico-económica de un espacio político determinado y la coordinación de la actividad de los operadores económicos –públicos o privados– en ese espacio de soberanía.⁹⁵ A ello se puede añadir que el espacio político determinado sería el que comprende al territorio nacional y al que copa el ámbito espacial de las normas del derecho económico internacional y del derecho económico subregional.

Lejos de ser exhaustivo, para iluminar mejor este peliagudo asunto y proponer ideas sobre algunos campos problemáticos del derecho económico, susceptibles de ser abordados científicamente, cito algunos que considero importantes y que en los últimos años ocupan la atención de legisladores, gobernantes, movimientos sociales y agentes económicos en todo el mundo: problemas derivados de la legislación sobre explotación de los recursos naturales y mantenimiento del ambiente; problemas derivados del obrar de las sociedades frente al Estado, ante sus trabajadores y frente a los particulares; los efectos de la intervención de las empresas transnacionales en las economías nacionales.

Dentro de este último campo se deberá estudiar cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia y la transparencia en las relaciones de mercado; los *joint ventures* y en general las asociaciones de empresas para consolidarse como monopolios u oligopolios, con el consecuente abuso de poder económico; el por qué de las normas para regular las utilidades de las empresas y la participación de los trabajadores en ellas, en cada ejercicio económico; el por qué de las leyes para normar cuestiones crediticias y de tasas de interés; la justificación del control del mercado en general; las leyes de defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; leyes para favorecer a la inversión extranjera ofreciendo garantías a los inversionistas; leyes fiscales de garantía de inversiones (régimen impositivos especiales para la inversión).

Añado el problema legal de la transferencia de tecnología; el marco jurídico de la navegación aérea y marítima; las leyes para el crecimiento demográfico y sobre asentamientos humanos; la razón de ser de las leyes para normar cuestiones atinentes a la educación, a la salud y a la seguridad social; el porqué de las leyes sobre vías y medios de comunicación: radio, televisión, comunicación vía satélite, etc.; el marco legal de la modernización del Estado; los problemas derivados de los procesos de privatizaciones y concesiones; regulaciones de la integración comunitaria andina enfo-

95. Ángel Rojo, "El derecho económico como categoría sistemática", pp. 217-218.

cadadas a la formación del mercado ampliado; el intercambio comercial con terceros países; la financiación mediante préstamos otorgados por los organismos multilaterales de crédito.

CONCLUSIONES

Al inicio de esta parte conviene acudir nuevamente al pensamiento de Rojo, cuando afirma que: “Una ciencia jurídica consecuente, para asumir el derecho económico, tendría que renunciar a la sistemática tradicional de la materia jurídica y ensayar nuevos criterios de clasificación más acordes con la realidad social y económica”; el mismo autor reconoce un valor didáctico al derecho económico por cuanto sirve para captar cierto sector de la realidad jurídica desde un nuevo prisma: el de la *función* de ordenación económica.⁹⁶

El intervencionismo estatal ha estado siempre presente, especialmente proyectado a la economía; lo diferente ha sido su grado de aplicación, complejidad y los propósitos perseguidos. De la misma forma, han sido varios los sujetos de dicha intervención.

Sin duda el derecho económico es una disciplina en formación. Su autonomía no se la puede sustentar desde un punto de vista científico o teórico, pero sí desde la óptica didáctica. En efecto, hasta la fecha no se han podido enunciar principios que permitan sostener la autonomía del derecho económico, a pesar de lo cual es una disciplina acogida activamente en los programas académicos de universidades especialmente del viejo continente y de América del Norte.

Parece conveniente situar al derecho económico como un producto, como una expresión de la relación entre los derechos público y privado, respetuosa por cierto de lo público y de lo privado a un mismo tiempo;⁹⁷ y también reconocer a esta rama jurídica importante capacidad de influencia no solo respecto del sistema económico y su joya más preciada: el mercado; sino, además, frente a la concreción del desarrollo digno del ser humano, en pleno acatamiento de sus libertades y derechos fundamentales.

En el país el derecho económico, formalmente y desde el punto de vista académico, recién ha sido incorporado a la discusión, pero pese a ello ya ha tenido plena existencia *ex ante* en la normativa constitucional y legal del país, siendo connatural a la actuación interventora del Estado ecuatoriano en el sistema económico. Lo lamenta-

96. *Ibidem*, pp. 221-222.

97. José Luis de los Mozos, “El derecho económico y el Estado. Reflexiones liminares”, p. 28.

ble es que, como expresa Santos Pastor, se puede afirmar que el Estado interviene al servicio de los grupos de interés relativamente más poderosos, verdaderos buscadores de rentas de la acción pública, en lugar de hacerlo al servicio del interés público. Al parecer, la teoría del interés público ha sido desplazada por la teoría del mercado político, que no es más que un proceso de intercambio entre los distintos agentes que intervienen: votantes, partidos, legisladores, ejecutivos políticos, ejecutivos administrativos (empleados públicos), etc.; llevando agua a su molino, siendo el resultado favorecedor de unos sujetos políticos interesados que persiguen su propio interés dentro de las limitaciones del entorno.⁹⁸

No siempre el derecho económico será un instrumento progresista sino que estará supeditado a los objetivos que se plantee el ente interventor o regulador, al entorno político, económico y social, en el que se apliquen sus normas, al momento de evolución histórica de cada sociedad, y sobre todo, a los beneficios que reciban o dejen de recibir los agentes económicos.

Esta nueva disciplina puede ser un instrumento para mejorar la asignación de recursos en un sistema económico y social, mejorando la eficiencia, la equidad y solidaridad, para que se cumpla la libertad en todas sus dimensiones. El derecho económico puede además coadyuvar a la construcción de un mercado competitivo y suficiente, cuanto un fuerte, eficiente y dinámico Estado distribuidor de la renta nacional.

Debido a los conocimientos científicos y empíricos que se tiene sobre los efectos de la actuación del Estado o del mercado en las economías mixtas, no es dable situarse a la defensiva de uno u otro actor, sin embargo, parece que en todo caso, la intervención del Estado parece haber sido más efectiva, no solo en su función redistribuidora sino para aumentar la eficiencia misma del sistema económico. En virtud de ello, se justifica plenamente el crecimiento de la reflexión sobre el derecho económico con sus ámbito y alcance bien definidos, solo así se tendrá una herramienta precisa para alcanzar un mejor grado de desenvolvimiento económico y social, atendiendo la visión latinoamericana de esta nueva disciplina jurídica.

Hasta la actualidad, la experiencia del Ecuador y de otros países cercanos demuestra un cierto aletargamiento de la reflexión teórica sobre las nuevas facetas del derecho, entre ellas la del derecho económico. Para revertir la situación es de esperar que en el medio se participe activamente para atizar las dinámicas de análisis y estudio, respecto a tan importante manifestación de la ciencia jurídica.

98. Santos Pastor, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 115-131.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto, *Breve historia económica del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2003, segunda edición.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, sexta reimpresión de la primera edición.
- Bonadona Cossio, Alberto, *Marco regulador, privatización y reforma de pensiones*, La Paz, ABC, 1998.
- Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (Ciedla), *La economía social de mercado. Un proyecto económico y político alternativo*, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 1983.
- Coloma, Germán, *Análisis económico del derecho. Privado y regulatorio*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- Cooter, Robert, y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, trad. Eduardo Suárez, México, Fondo de Cultura Económica de México, 1998, primera edición en castellano.
- Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica / Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1997.
- Dalla Via, Alberto Ricardo, *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- De la Cruz Ferrer, Juan, *Apuntes de derecho público económico. La intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson, 1992.
- De la Cuadra, Héctor, “Las vicisitudes del derecho económico en México a partir de 1917”, en *Estudios de derecho económico*, vol. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- “Reflexiones sobre el derecho económico”, inédito, s.l., s.f.
- De los Mozos, José Luis, “El derecho económico y el Estado. Reflexiones liminares”, en Rafael Pérez Miranda y Martín Díaz Díaz, comps., *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- Díaz Mier, Miguel Ángel, *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, vol. 2, Madrid, Síntesis, 1998.
- Díaz Müller, Luis, *El derecho económico y la integración de América Latina*, Bogotá, Temis, 1988.
- Durán Cousin, Eduardo, *La hora neoliberal de América Latina*, Quito, Fundación Hans Seidel / Academia Diplomática del Ecuador, 1993.
- Espino González, Miguel, *La Organización Mundial del Comercio y sus instrumentos normativos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.
- Farjat, Gérard, “Las enseñanzas de medio siglo de derecho económico”, en *Estudios de derecho económico*, vol. II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

- Fundación Friedrich Ebert, *Economía social de mercado: su dimensión social*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998.
- Guzmán, Marco Antonio, *Derecho económico ecuatoriano*, tomos I y II, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Insuela Pereyra, Alfonso, *O Diritto economico na ordem juridic*, ed. José Bushatsky, Sao Paulo, 1980.
- Mancero Samán, Alfredo, *La Constitución económica del Estado ecuatoriano y las nuevas condiciones de la economía mundial*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997.
- “Estado y economía en la Constitución ecuatoriana”, en *Memorias del Seminario Internacional de Derecho Constitucional Comparado*, Quito, Projusticia / Coriem, 1998.
- Martinelli, José María, comp., *Lecturas sobre derecho y derecho económico*, México, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, s.f.
- Mercado Pacheco, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Montaña Galarza, César, “Comentarios y reflexiones sobre el derecho comunitario”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2003.
- Morales Alzate, John Jairo, *Manual de derecho económico constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, tercera edición.
- Palacios Luna, Manuel R., *El derecho económico en México*, México, Porrúa, 1993, quinta edición.
- Pastor, Santos, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Pérez Miranda, Rafael, *Derecho y relaciones de producción*, México, Plaza y Valdés, 1988.
- “Presentación”, en Rafael Pérez Miranda, coord., *Integración y derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1995.
- Pérez Tremps, Pablo, “Constitución e integración”, en Pablo Pérez Tremps, coord., *Integración política y Constitución*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador / Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III / Comisión Europea / Fundación Banco Bilbao Vizcaya Argentaria / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Posner, Richard A., *El análisis económico del derecho*, trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica de México, 1998, primera edición en español.
- Rangel Couto, Hugo, *El derecho económico*, México, Porrúa, 1984.
- Rivas Coronado, Norberto, y Samuel Vergara Hernández, *Planificación tributaria: conceptos, teoría y factores a considerar*, Santiago, Magril, 2000.
- Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. José Luis Pérez Hernández, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México / Sociedad Mexicana de

Geografía y Estadística / Fondo de Cultura Económica / Economía Contemporánea, 2001, tercera reimpression de la primera edición.

- Rojo, Ángel, “El derecho económico como categoría sistemática”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Nos. 85 a 90, Buenos Aires, Desalma, 1982.
- Salgado Tamayo, Wilma, edit., *El Sistema Mundial de Comercio. El Ecuador frente al GATT y la OMC*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1996.
- Sanmarrco, Maximiliano, y Guillem Domingo Pérez, *España: puente europeo hacia Latinoamérica. Una visión de la planificación jurídico tributaria en la internacionalización de las empresas*, Barcelona, J. M. Bosch, 2001.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990.
- *Derecho económico*, México, Porrúa, 1990, segunda edición.
- Tamames, Ramón, *Estructura económica internacional*, Madrid, Alianza, 1989.
- Troya Jaramillo, José V., “Naturaleza del derecho económico”, en *Estudios de derecho económico*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 1998.
- “El ámbito y el alcance del derecho económico frente a los procesos de modernización del Estado y de privatización”, en Rafael Pérez Miranda y Martín Díaz Díaz, comps., *El Estado y el derecho económico actual*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998.
- Trujillo, Julio César, “El Estado en la Constitución”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Viciano Pastor, Roberto, “El sistema de fuentes del Derecho en la Constitución Política de la República del Ecuador”, en Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, eds., *La estructura constitucional del Estado ecuatoriano*, Quito, Centro de Estudios Políticos y Sociales / Universidad de Valencia / Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2004.
- Witker, Jorge, “Derecho económico”, en *Introducción al derecho mexicano*, tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- *Derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Harla, 1985.
- *Introducción al derecho económico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Harla, 1997, 3a edición.
- *Derecho económico*, Colección Panorama del derecho mexicano, México, Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / McGraw-Hill, 1997.

Integración europea y parlamentos nacionales

Claudia Storini*

La interconexión y dependencia recíproca entre Derecho comunitario y constituciones nacionales están aceptadas en la actualidad como un lugar común en el Derecho Público europeo, resultando casi explícitas en conceptos ya acuñados como el de *multilevel constitutionalism* de Pernice o el “constitucionalismo dual” de von Bogdandy. El artículo se detiene en el análisis de las influencia y del complejo juego de relaciones entre parlamentos nacionales y Unión Europea, enmarcándose claramente en el nuevo constitucionalismo europeo “multinivel”. En él se analiza la interdependencia entre Derecho comunitario y derechos nacionales en materia parlamentaria. De modo descriptivo y analítico se estudia el papel que los parlamentos nacionales pueden y deben representar en el proceso de integración europea así como en la búsqueda de su mayor democratización y se ofrecen los elementos necesarios para valorar jurídicamente en qué medida realmente lo representan.

FORO

PLANTEAMIENTO GENERAL

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa supone, por lo general, un avance en la institucionalización de los mecanismos de participación democrática.¹ Entre estos avances pueden destacarse el aumento del papel y del poder del Parlamento Europeo, la creación del derecho de iniciativa ciudadana, el reconocimiento y promoción del papel de los interlocutores sociales y el reforzamiento del papel de los parlamentos nacionales. El reconocimiento de la relevancia del control efectuado por estos últimos sobre sus respectivos gobiernos como instrumen-

* Investigadora del Programa Juan de la Cierva.

1. A los pocos días de terminar este trabajo se asistió al “no” del pueblo francés y holandés a la ratificación del Tratado constitucional. Ante ello, en la Declaración de los jefes de Estado y de gobierno de los estados miembros de la Unión sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Consejo Europeo de los días 16 y 17 de junio de 2005), SN 117/05, se afirma que “Hemos procedido a un repaso general

to para garantizar el respeto del principio democrático se halla en el Título VI del Tratado dedicado a “la vida democrática de la Unión”, en cuyo artículo 45.2 se establece tanto la representación directa de los ciudadanos a través del Parlamento Europeo como la que podríamos definir “indirecta”, a través de los representantes de los gobiernos en el Consejo Europeo y de Ministros, responsables ante los parlamentos nacionales elegidos por sus ciudadanos. El control, por parte de los parlamentos nacionales, de las actuaciones de sus representantes gubernamentales se vuelve, de esta manera, un elemento esencial para que el sistema comunitario cumpla con el principio democrático y con la necesidad de que estos órganos participen en el respecto del pluralismo político en los procedimientos de toma de decisión comunitarios, asegurando así una verdadera conexión entre instituciones comunitarias y ciudadanos.

Como es conocido, son muchos los interrogantes acerca de la garantía de la democracia, surgidos a raíz del impacto de los procesos de globalización² y, aun más, aquellos planteados en relación con los procesos de integración supranacional. En este ámbito el tema del *déficit democrático* ha llegado a ser un aspecto central de los estudios sobre las transformaciones del concepto de Estado en el siglo XX.³ En este sentido, y por lo que concierne la Unión Europea, si bien es cierto que todas las referencias al Parlamento Europeo y a los parlamentos nacionales orbiten siempre en

del proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Este Tratado es el fruto de un proceso colectivo destinado a dar la respuesta adecuada para un funcionamiento más democrático, más transparente y más eficaz de una Unión Europea ampliada. (...) Hasta la fecha, diez estados miembros han concluido con éxito los procedimientos de ratificación y han manifestado de este modo su adhesión al Tratado Constitucional. Hemos tomado nota de los resultados de los referendos celebrados en Francia y los Países Bajos. (...) Este período de reflexión se aprovechará para hacer posible en cada uno de nuestros países un amplio debate en el que participen los ciudadanos, la sociedad civil, los interlocutores sociales, los parlamentos nacionales y los partidos políticos. (...) Volveremos a reunirnos durante el primer semestre de 2006 para proceder a una valoración de conjunto de los debates nacionales y acordar los próximos pasos del proceso”. En el convencimiento de que se encontrarán los medios para que la Unión siga progresando y en aras a la mejor comprensión de un pequeño, aunque no irrelevante, fragmento del proyecto europeo se decidió seguir adelante con la publicación del mismo sin proceder a modificación alguna.

2. Sobre el problema de la democracia de las organizaciones políticas posnacionales véase, entre otros, J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, Milán, Feltrinelli, 1999; A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Bari-Roma, La terza, 2002; y “Globalizzazione e internazionalizzazione delle decisioni” en S. Labriola, dir., *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 81 y ss.
3. Los “déficit” que, ya desde hace tiempo, se imputan a la Unión Europea son básicamente tres: el de libertad, producto de las deficiencias en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales; el de democracia producto de la insuficiencia o falta de instrumentos de participación de los ciudadanos en la toma de decisión en seno de la Unión; y el que podría denominarse “déficit de descentralización”, generado por la insuficiencia de participación de los entes territoriales en el proceso de integración. Así P. Pérez Tremps, “La reforma del senado ante la Unión Europea”, en *Ante el futuro del Senado*, Barcelona, Generalitat de Catalunya / Institut d’Estudis Autònoms, 1996, p. 434. Más en general sobre otros aspectos problemáticos del déficit democrático comunitario, véase, D. Santonastaso, *La dinamica fenomenologica della democrazia comunitaria. Il déficit democratico delle istituzioni e della normazione dell’UE*, Nápoles, Jovene, 2004.

torno a la noción de *déficit democrático*, este último reviste un significado diferente según sea valorado en relación con el primero o con los segundos.

La doble realidad representada por dicha noción se expresó en términos claros ya en 1996 en el documento elaborado por el Ministerio español de Asuntos Exteriores para la Conferencia Intergubernamental. En este último se afirmaba que “Todo parece indicar que la cuestión del reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo va a ser crucial y una de las más polémicas durante la conferencia. Ya que, frente a la escuela que podríamos identificar como integracionistas partidaria de dotar de mayor legitimidad democrática al sistema a base de aumentar las responsabilidades del PE, la posición británica, danesa y de una parte de la mayoría gubernamental francesa irá más bien en la dirección de limitarlas o, si acaso, contenerlas en su nivel actual, ya que para todos ellos la verdadera legitimidad radica en los parlamentos nacionales”.⁴

A este respecto debe recordarse que las Comunidades Europeas se constituyen bajo la fórmula de “organización supranacional”.⁵ Una fórmula que, siendo distinta del modelo tradicional de relaciones internacionales, tampoco puede calificarse como de Derecho constitucional.⁶ De ahí que, aunque ya no se considere al Parlamento Europeo como “la única asamblea parlamentaria internacional del mundo”,⁷ y se entienda el concepto de integración como concepto autónomo, no puede olvidarse que el fundamento democrático de la estructura institucional comunitaria resulta todavía débil.⁸ Esta es la razón por la que la idea de “déficit democrático” comunitario se encuentra asumida de forma unánime aunque difieran las consideraciones respecto de su intensidad y de su alcance institucional.

4. *La Conferencia Intergubernamental de 1996. Bases para una reflexión*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1995, p. 64.

5. Los criterios que fundamentaron la antigua discusión acerca de la distinción entre organización internacional y organización supranacional no son unánimes en la doctrina. Para algunos el carácter supranacional no hace que los tratados comunitarios sean ajenos al Derecho internacional, sino que representen un continuum de este último; véase, por ejemplo, M. Waelbroek, “Contribution a l'étude de la nature juridique des Communautés européennes”, en varios autores, *Problèmes de droit des gens*, París, A. Pedone, 1964, p. 515. Otros defienden una diferenciación que se basa en la naturaleza jurídica completamente distinta de los dos tipos de organización, véase, entre otros, M. Medina Ortega, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 104 y ss.

6. Sobre las problemáticas constitucionales planteadas por el fenómeno jurídico comunitario véase P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 21-23, y bibliografía allí citada.

7. Así C. Guazzaroni, en *Seminario internazionale su Parlamento Europeo e Parlamenti Nazionali dei Paesi della Comunità Europea*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 6.

8. Así P. Pérez Tremps, *Constitución española y Comunidad Europea*, p. 35.

Frente a esta situación es lícito preguntarse: ¿hasta qué punto el principio democrático puede entenderse actualmente respetado –y hasta qué punto *podría* serlo en el futuro– sin abandonar del todo aquellos principios que se basan en la cooperación entre los estados soberanos y dejar que todo el sistema comunitario se base sobre los principios de la integración? A esta cuestión pueden darse dos tipos de respuestas: por una parte, la que prevalece en la mayoría de los debates doctrinales y que enfatiza la potenciación de los instrumentos democráticos dentro de la estructura de la UE incluyendo entre estos, por ejemplo, la reforma del actual sistema de elecciones al Parlamento Europeo.⁹ Y, por otra, la que concentra su atención en el incremento de los instrumentos internos de control democrático a cada uno de los estados miembros es decir la que estudia el “déficit democrático de segundo nivel”.¹⁰

Los argumentos a favor del incremento de los instrumentos democrático dentro de la organización institucional comunitaria no parecen del todo convincentes por diversas razones. En primer lugar, el Parlamento Europeo está aun lejos, desde el punto de vista representativo, de poder ser considerado un órgano a la par de sus homónimos nacionales. En segundo lugar, ningún Parlamento puede actuar adecuadamente como piedra angular del sistema democrático de un ordenamiento si está aislado del contexto político y social que le sirve de substrato.¹¹

Aunque asumiendo que las precedentes consideraciones no aporten argumentos decisivos contra la posibilidad de reconocer al Parlamento Europeo un papel similar al de los parlamentos nacionales de los estados miembros, debe evidenciarse que esto podría conseguirse tan solo otorgando a la Asamblea Europea ciertas prerrogativas que respeten los estándares constitucionales comunes de todo estado democrático. Prerrogativas que probablemente podrían obtenerse tan solo trasformando la Unión en un sistema *federal*. Los contenidos del Tratado constitucional demuestran que tal desarrollo, por el momento, no puede darse. Sin embargo, lo que sí existe es la posibilidad de que pueda darse algún tipo de democracia real en el ámbito europeo pero los proyectos para semejante desarrollo, como bien demuestran los nuevos Protocolos sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, deben buscar en otro lugar una respuesta al déficit democrático de la Unión, esto es, en un “parla-

9. Véanse, entre otros, A. Allue Buiza, *El Parlamento Europeo. Poder y democracia en las comunidades europeas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1990, pp. 56 y ss.; B. Boyice, “The democratic déficit of the European Community”, en *Parliamentary Affairs*, No. 46, Londres, 1993, pp. 458 y ss.

10. F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Madrid, CEC, 1999, pp. 105 y ss.

11. Así A. Pace, “Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, No. 2, Granada, 2004. Página de internet, dirección URL: <http://www.ugr.es/%7Eredce/ReDCE2/retos%20actuales%20del%20constitucionalismo%20pace.htm> (todas las referencias a las páginas de internet han sido verificadas el día 14 de febrero de 2005).

mento nacional-comunitario' como fulcro y método de decisión y de trabajo de la democracia parlamentaria en Europa".¹²

Partiendo de las indicaciones formuladas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al afirmar que "en la asociación de estados de la UE, la legitimación democrática tiene lugar en virtud de la conexión de la actuación de los órganos europeos con los parlamentos de los estados miembros",¹³ y pasando por las de Duverger según las cuales "la hora de los parlamentos suena en el reloj de Europa";¹⁴ puede plantearse la oportunidad de formular soluciones realistas y pragmáticas que otorguen a los parlamentos nacionales la función de legitimar democráticamente el sistema institucional comunitario.¹⁵ El objeto a tratar será, por tanto, el de cómo llevar a cabo esta función y cuáles son los procedimientos a seguir para reforzar esta faceta de la legitimidad democrática comunitaria. No obstante, antes de entrar a explicar estos puntos, parece necesaria una aclaración. Es cierto que una de las principales tareas llevada a cabo por los parlamentos nacionales en los asuntos europeos es la de autorizar los tratados comunitarios. Y lo mismo debe decirse por el ámbito de actividades que inciden en el desarrollo legislativo de la normativa comunitaria. Sin embargo, ni una ni otra afectan a la esencia del tema que ahora se debate, ya que lo que aquí se discute es precisamente la insuficiencia de estas dos formas de intervención y, tal y como desde el Tratado de Maastricht ha puesto de manifiesto, la necesidad de proponer otros procedimientos que aseguren una mayor intervención de los parlamentos nacionales en la fase de elaboración y toma de las decisiones comunitarias.

PARLAMENTOS NACIONALES Y ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Las modalidades de participación de los parlamentos nacionales en el sistema comunitario pueden ser estudiadas dividiendo en dos los ámbitos de actuación de estos órganos: el comunitario y el nacional. Puede afirmarse que, hasta el debate sobre el Tratado de Maastricht de 1992, este problema no se planteó de manera firme en las instancias comunitarias. Hasta entonces, como se verá, la cuestión se reduce a las res-

-
12. P. Ridola, "La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa", en H. J. Blanke y S. Mangiameli, coords., *The European Constitution, Sprinter*, Milán, 2005, en prensa, la versión informática de este artículo puede consultarse en: URL: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/democrazia_europa/
 13. La sentencia traducida al español puede consultarse en la *Revista de Instituciones Europeas*, No. 3, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1993, pp. 975 y ss.
 14. M. Duverger, *Europa de los hombres. Una metamorfosis inacabada*, Madrid, Alianza, 1994, p. 287.
 15. Entre otros, M. Mazzoni Honorati, La "partecipazione" parlamentare al processo normativo europeo, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Milán, Giuffré, 1995, pp. 27 y ss.

pectivas esferas nacionales. Maastricht pone en primer plano la discusión acerca de la transferencia de competencias estatales esenciales, tradicionalmente ligadas a la potestad soberana del Estado moderno. Esta discusión agudizó la necesidad de establecer mecanismos para reforzar el principio democrático en la organización y funcionamiento del sistema comunitario. Entre ellos los que recaen en el marco de este estudio fueron, en primer lugar, el nuevo impulso a las vías de cooperación interparlamentarias, tanto mediante expedientes que fracasaron como en el caso de la Conferencia de parlamentos, como a través de cauces más modestos pero más ajustado a la realidad como la Conferencia de órganos especializados en asuntos comunitarios más conocido como Cosac. Y, en segundo lugar, la previsión de un medio concreto para facilitar la función de control parlamentario.

Como se apuntó anteriormente, la Conferencia de parlamentos, aunque fuera la principal opción de cooperación que se desprende del Tratado de Maastricht, en la práctica no se llegó a convocar nunca.¹⁶ No parece extraño, por tanto, que el Tratado de Amsterdam haya cerrado esta vía de participación silenciando toda referencia a ella en el marco del Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea mientras, por el contrario, haya impulsado la Cosac. Este segundo instrumento de cooperación previsto en Maastricht era mucho más modesto ya que se limitaba a institucionalizar una organización nacida en París en noviembre de 1989.

La Cosac es, desde su origen, un instrumento de colaboración interparlamentaria, a través del cual los órganos especializados en asuntos comunitarios de los distintos parlamentos nacionales debaten en conjunto sus experiencias, problemas y proyectos. A pesar de su naturaleza de órgano de cooperación interparlamentaria, el Tratado de Amsterdam le ha dado un protagonismo institucional propio como instrumento de participación de los parlamentos en los asuntos comunitarios y, por consiguiente, como medio de ampliación de la legitimidad de éstos. Las modalidades de intervención de la Cosac en los asuntos comunitarios siguen reguladas por el Tratado de Amsterdam ya que el de Niza no se hizo eco de las reivindicaciones de la Cosac para reforzar su papel. Sus intervenciones no son obligatorias y solo se reconoce la potestad de los gobiernos de pedir su opinión sobre proyectos, y la facultad de la propia Cosac de dirigirse a las instituciones comunitarias.¹⁷ Puede afirmarse que, actual-

16. Acerca de los motivos del fracaso de este instrumento de cooperación interparlamentaria cfr. F.J. Matia Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, pp. 67 y ss.; J. Rideau, "La situation des Parlements nationaux dans l'Union européenne. Un déficit démocratique peut en cacher un autre", en *Mélanges en l'honneur du doyen Paul Isoart, Pedone*, París, 1996, pp. 324-325.

17. Art. 10 del reglamento de la Cosac. El Reglamento, aprobado por la XXIX Cosac en Atenas los días 5 y 6 de mayo de 2003, sustituye al Reglamento aprobado en Helsinki los días 11 y 12 de octubre de 1999. DOUE del 4

mente, la función esencial de la Cosac consiste en que un reducido número de parlamentarios nacionales, precisamente tres por cada Cámara en los parlamentos bicamerales y seis en los unicamerales, dispongan de información directa de las instituciones comunitarias e intercambien puntos de vista dos veces al año, durante un día y medio. La Cosac es, por tanto, un foro de debate y, en ocasiones, un lugar de intercambio, no siempre eficaz, de información. En este sentido, aunque no se pueda menospreciar este mecanismo de cooperación, hay que considerarlo como un medio limitado, parcial e incompleto.¹⁸ Estas son las razones por las que, desde hace tiempo, vienen debatiéndose dentro de la Cosac propuestas renovadoras de mayor o menor intensidad. En algunos casos se pretende simplemente mejorar su funcionamiento a través del establecimiento de un secretariado permanente y de unas delegaciones que no varíen en cada edición de ésta. En otros se plantea la necesidad de su institucionalización por los tratados comunitarios, mediante la previsión expresa de una obligación por parte de las instituciones comunitarias de enviar sus propuestas normativas para que la Cosac pueda examinarlas y, en su caso, criticarlas. Aunque no exista un acuerdo sobre las modalidades y la extensión del cambio, el denominador común de todas las propuestas es la necesidad de potenciar la actuación colectiva de los parlamentos nacionales.¹⁹ Esta necesidad, sin embargo, deberá respetar dos presupuestos, por un lado, las competencias que los tratados otorgan al Parlamento Europeo y, por otro, las competencias que las constituciones atribuyen a los parlamentos nacionales. Aunque los dictámenes de la Cosac no lleguen a vincular jurídicamente ni a los parlamentos nacionales ni a las instituciones comunitarias, parece claro que su intención es la de influir de alguna manera en los asuntos comunitarios. Ante ello, hay que poner de relieve que la posible influencia de la Cosac debe considerarse como no efectiva para garantizar el principio democrático. Esto, por un amplio abanico de razones que pueden así resumirse primer lugar, porque el número de representantes asignado a cada Estado proporciona una sobre-representación de las asambleas unicamerales y, además, determina la imposible representación de todo los grupos parlamentarios, especialmente en el caso de parlamentos nacionales bicamerales. En segundo lugar, en relación con la conexión entre miembros de la Cosac y su asamblea legislativa de origen, si no se admite una obligación de los miembros de defender los

de noviembre de 2004 (C270/1-6). Puede encontrarse en la página oficial de la Cosac, dirección URL: <http://www.cosac.org/en/documents/basic/procedures/spanish/>

18. M. Delgado-Iribarren, "La función de los parlamentos nacionales en la arquitectura europea", en E. García de Enterría, dir., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 381; en el mismo sentido véase también P. Birkinshaw, D. Ashiagbor, "National participation in community affairs: democracy, the UK Parliament and the EU", in *Common Market Law Review*, Leiden, Kluwer Law International, 1996, p. 513.
19. Para un análisis de las propuestas de reforma presentadas desde la constitución de la Cosac hasta la actualidad véase C. Storini, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

puntos de vistas fijados por su Asamblea, entonces la Cosac no serviría para reforzar el papel de los parlamentos nacionales sino más bien para debilitarlos. Al mismo tiempo negar la libertad de voto a los delegados nacionales plantea otros problemas como, por ejemplo, limitar la apertura de los debates o favorecer las mayorías parlamentarias, así como el de incidir en la prohibición de mandato imperativo. En tercer lugar, el impacto que las decisiones de la Cosac puede tener dentro de los parlamentos nacionales. Las comisiones parlamentarias en las que los participantes en la Cosac toman parte deben seguir ejerciendo su función de control de las actuaciones de cada uno de los gobiernos en los ámbitos comunitarios. En este sentido, por una parte, las decisiones de las Cosac podrían influir sobre las actuaciones de estas Comisiones y, por otra, la mayor carga de trabajo por algunos de los miembros de las Comisiones nacionales podría menoscabar la función de control parlamentario ejercido por estas.

A la vista de todas estas objeciones la conclusión no puede ser muy optimista. Si bien algunos de los problemas referidos podrían ser superados a través de una reforma del Reglamento de la Cosac, otros, sin embargo, son más difíciles de resolver. Se trata, en concreto, de los atinentes a la infrarrepresentatividad de la Cosac respecto de las comisiones parlamentarias nacionales y, especialmente, de los relativos a la configuración de la Cosac como órgano consultivo, ya que, es evidente que, bajo esta última hipótesis, se esconde la voluntad de instaurar una nueva instancia política que, como tal, intentaría influir en los asuntos comunitarios.

Las conclusiones del grupo de trabajo encargado, de estudiar “el papel de los parlamentos nacionales”,²⁰ así como la escueta disciplina reservada a la cooperación interparlamentaria por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa,²¹ parecen demostrar la sensatez de las apreciaciones antes apuntadas.²²

En su informe final el grupo reconoció la importancia y utilidad de establecer una red y de mantener contactos periódicos entre los parlamentos nacionales, para llevar a cabo un intercambio de información sobre métodos y experiencias más sistemático y organizado. En este contexto se propuso que la Cosac elaborara un código de conducta o directrices para los parlamentarios nacionales que establezca normas míni-

20. Publicados en el informe CONV 352/02 presentado por este grupo el 22 de octubre de 2002. El texto del informe en versión informática es disponible en la página de internet de la Convención: URL: <http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/cv00/00353en2.pdf>

21. El Protocolo, al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea puede consultarse en URL: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/es/oj/2004/c_310/c_31020041216es02040_206.pdf

22. Para un estudio sobre los trabajos de la Convención en este ámbito, véase, F. J. Matía Portilla, “Parlamento Europeo y parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión Europea”, en *Revista de Estudios Políticos*, No. 119, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2003, pp. 191-220.

mas para ejercer eficientemente el control sobre la actuación del gobierno.²³ Según el grupo, parecía también necesaria una mayor definición del mandato de la Cosac con objeto de reforzar su función de mecanismo interparlamentario y poder actuar, como plataforma de intercambio periódico de información y buenas prácticas, no solo entre las comisiones de asuntos europeos, sino también entre comisiones permanentes sectoriales. “Para ello, deberían poderse convocar conferencias interparlamentarias sobre cuestiones específicas, así como debería celebrarse anualmente la ‘semana europea’ para crear en cada Estado miembro una tribuna común de debates a escala de la UE sobre cuestiones europeas”.²⁴ El informe, además, dejaba abierta la posibilidad de que la Convención estudiara con mayor detenimiento la existencia de un margen para crear un nuevo foro de debate sobre las orientaciones de política general y la estrategia de la Unión, en el que participen tanto los parlamentos nacionales como el Parlamento Europeo.

El primero de los dos artículos del protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, dedicado a la cooperación interparlamentaria, parece hacer referencia a la necesidad de coordinar los innumerables foros de cooperación parlamentaria en el ámbito Europeo,²⁵ limitándose a establecer que los parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo deberán definir como organizar, potenciar y regular eficazmente dicha cooperación. El segundo, dedicado a la Cosac, además de reproducir lo establecido por el Protocolo anexo al Tratado de Amsterdam, tan solo se hace eco de algunas de las aportaciones del grupo de trabajo, citando algunos nuevos cometidos y, más precisamente, el fomento del intercambio de información y de mejores prácticas y la posibilidad de organizar conferencias interparlamentarias sobre temas específicos, entre otros aquellos relacionados con la PESC y la PESD.

Todo lo hasta aquí apuntado indica que, en este ámbito, la alternativa para que la futura Unión Europea sea más democrática cimienta sus bases en los ordenamientos internos de cada uno de los estados miembros. Los parlamentos nacionales tienen, en consecuencia, una ineludible obligación que cumplir que es la de ser el cauce que permita establecer un control democrático de este nuevo poder político, ejerciendo su

23. En respuesta a esta recomendación la Cosac aprobó en su XXVIII reunión las “Orientaciones de Copenhague”, esto es, normas mínimas para las relaciones entre los gobiernos y los parlamentos en los asuntos comunitarios. DOUE de 2 de julio de 2003 (C 154/1 y 2). El texto de las Orientaciones está también disponible en: URL:<http://www.cosac.org/en/documents/basic/rules/spanish/>

24. Informe del IV Grupo de Trabajo, pp. 12-15.

25. Pueden citarse, por ejemplo, la Conferencia de Presidentes de Parlamentos de la Unión Europea y del Parlamento Europeo, el reconocimiento a los eurodiputados nacionales del derecho a asistir a las sesiones del Parlamento nacional o a las de las comisiones encargadas de asuntos europeos. La mayoría de las comisiones del Parlamento Europeo mantienen contactos permanentes con los parlamentos nacionales mediante reuniones bilaterales o multilaterales y visitas de presidentes o de ponentes. Las oficinas de los parlamentos nacionales ante la Unión Europea.

influencia sobre quienes forman parte de los órganos decisorios del sistema institucional europeo.

LAS EXPERIENCIAS NACIONALES DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS ASUNTOS EUROPEOS

El derecho constitucional de la integración, en este ámbito, empezó a desarrollarse muy tempranamente, mucho antes del Tratado de Maastricht. Casi todos los estados miembros habían iniciado procedimientos, más o menos intensos, para el debate en su seno de los asuntos comunitarios.²⁶ Así que, desde la decisión del *Bundestrat* alemán de 1957 de crear un Comité especializado en asuntos europeos, todos los parlamentos nacionales fueron creando órganos, normas y procedimientos para controlar sus respectivos gobiernos en sus actuaciones a nivel comunitario. No obstante, la diferente significación que cada parlamento ha otorgado a los conceptos de control, intervención y escrutinio, hace que el abanico de modalidades de participación de los parlamentos nacionales en las cuestiones europeas sea muy amplio.

Para comprender el alcance de la intervención de los parlamentos nacionales en las cuestiones europeas hay que empezar teniendo presente que dicha intervención se ve mediatizada por algunos elementos internos de cada uno de los ordenamientos. En buena medida, la manera en que esa participación se ha ido conformando en cada uno de los estados se explica por la configuración constitucional y legal de la posición del Parlamento y de sus relaciones con el Poder Ejecutivo, así como por las propias tradiciones y circunstancias políticas. Para entender el desarrollo de la práctica danesa hay que, por ejemplo, tener en cuenta la tradicional intervención del *Folketing* en la política exterior, explicada, a su vez, por la también tradicional existencia de gobiernos de coalición en Dinamarca.²⁷ Estos datos también pueden ser útiles para entender las razones de la inexistencia de instrumentos normativos uniformes para regular estas cuestiones.

La participación del Parlamento en los asuntos europeos esta prevista en distintas constituciones nacionales con diversa intensidad. Así sucede, por ejemplo, en Alemania, Francia, Portugal y Suecia.²⁸ Por el contrario, otras constituciones como son la

26. Para una análisis de la evolución del control parlamentario de los asuntos europeos véase C. Storini, *Parlamentos nacionales y Unión Europea*.

27. En H. Hegeland, I. Mattson, "To have a voice in the matter: a comparative study of the Swedish and Danish European committees", en *Journal of Legislative Studies*, No. 3, Londres, 1996, p. 200.

28. Art. 23 Constitución alemana, 163.f y 197.i Constitución portuguesa, 88.4 Constitución francesa.

de España, Dinamarca e Italia, ignoran el fenómeno. En estas últimas, la participación es regulada exclusivamente bien por disposiciones legislativas, establecidas a veces en el momento de la ratificación de los tratados constitutivo o de adhesión, según el caso de que se trate, o bien en los textos internos de los parlamentos en cuestión.²⁹

Desde el punto de vista funcional la presencia o no de disposiciones constitucionales que se encarguen de disciplinar este ámbito de intervención parlamentaria no tiene un gran significado. Es más, en aquellos estados en los que la regulación constitucional de esta materia es inexistente sucede por el contrario que el desarrollo material de la misma está especialmente avanzado y dotado de efectividad. Tal es el caso de Dinamarca, mientras lo contrario sucede en Francia donde el reconocimiento constitucional de la materia que nos trae al caso no garantiza el ejercicio de un papel efectivo del Parlamento.

Los avances realizados en Dinamarca desde 1973, con respecto a la participación de su Parlamento en la toma de decisiones comunitarias, demuestran que es posible adaptar el ordenamiento a nuevas realidades, si realmente existe el deseo político de salvaguardar los principios básicos de la Constitución. El proceso de toma de decisiones comunitario representaba un problema en relación con el parlamentarismo previsto en la Constitución danesa. Así que, aunque la Constitución no contenía ninguna provisión que garantizara la influencia del *Folketing* en las políticas danesas en la Unión, este problema fue resuelto en una forma flexible y satisfactoria.

Todo ello demuestra que no existe una proporcionalidad entre el rango de las normas que regulan la participación de los parlamentos nacionales en los asuntos europeos y la efectividad de dicha participación.

LAS COMISIONES ENCARGADAS DE LOS ASUNTOS EUROPEOS

Por lo que respecta la configuración de estos órganos de control, en los parlamentos bicamerales por regla general se ha constituido una Comisión especializada en asuntos europeos por cada Cámara, aunque existen casos como el español y el irlandés en los que solo hay una Comisión Mixta. Como ha puesto de relieve la doctrina

29. Ley belga del 5 mayo 1993, Ley danesa No. 447, 11 octubre 1972, leyes federales alemanas de 12 marzo 1993, Ley española 8/1994, Ley finlandesa de 31 diciembre 1994, Ley francesa 1979-564, modificada por las leyes 1990-385 y 1994-476, Leyes italianas 183/1987, 86/1989, 242/2000, Ley portuguesa 20/1994, Ley austriaca 1913/1094. Reglamentos de las Cámaras: para el Reino Unido, Standing Order num. 127, para Bélgica art. 100 de la Cámara de los Representantes y art. 62 bis del Senado, Grecia art. 32.a.

la existencia de órganos mixtos en parlamentos bicamerales, además de suscitar problemas prácticos y disolver, hasta cierto punto, las funciones de cada una de las Cámaras, puede alterar la relación entre mayorías y minorías, modificando así, inevitablemente, la representación otorgada por los ciudadanos a unos y otros partidos políticos en el Parlamento.³⁰ Estos problemas desaconsejan la solución adoptada por España de crear una Comisión Mixta.

La composición de las Comisiones especializadas en asuntos europeos es muy variada desde los 16 miembros del "Comité Selecto" de la Cámara de los Comunes británica a los 42 de la Comisión Mixta española. De igual manera difieren sustancialmente de unos a otros parlamentos las formas de llevar a cabo el examen de los asuntos europeos. En general, puede afirmarse que en aquellos estados miembros que disponen de un sistema de control débil las funciones de estos órganos son análogas a las de otras Comisiones parlamentarias, esto es, recabar las información y documentación que precisen del Ejecutivo, celebrar debates, requerir la comparecencia de miembros del Gobierno para que informen sobre asuntos relacionados con la Unión o aprobar iniciativas en materia comunitaria. En otros casos, estas comisiones se configuran como atípicas, con funciones propias que pueden, en la práctica, afectar las propias competencias de las Cámaras. Así, por ejemplo, la Comisión para las relaciones con Europa del Parlamento danés que no prepara el trabajo del pleno de la Cámara, sino que lo sustituye y negocia directamente con el Gobierno, o de la Comisión Europea del Bundesrat alemán creada en 1988 para que decida en nombre de la Cámara cuando una cuestión es muy urgente y no puede ser tratada por el Pleno en breve plazo. En otros casos, como en el del Bundestag alemán, las comisiones parlamentarias pueden elaborar informes en nombre de la Cámara.³¹

El mayor problema que plantean las comisiones especializadas en asuntos europeos radica en la difícil delimitación de su ámbito de actuación respecto de las otras comisiones permanentes. El ámbito de las primeras es horizontal y en él se ven involucradas competencias propias de otras comisiones como, por ejemplo, la de asuntos exteriores, agricultura, medio ambiente, defensa, justicia o de interior; y, más en ge-

30. Según P. Pérez Tremps, "la existencia de órganos mixtos en parlamentos bicamerales viene a representar una cierta ruptura de la lógica representativa de cada una de las cámaras. En efecto, en la medida en que el bicameralismo responda a un doble principio de representación, como es el caso español, un órgano mixto viene a confundir ambas 'legitimidades'", "La débil 'parlamentarización' de la integración europea", en E. García de Enterría, dir., *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, p. 405. Véase, también, F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, pp. 158 y ss.; M. Daranas Paláez, "La Comisión Mixta para las Comunidades Europeas", en *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, Valencia, 1988, pp. 39 y ss.

31. A. J. Cygan, *National Parliaments an Integrated Europe. An Anglo-German Perspective*, Londres/New York, Kluwer Law International, 2001, pp. 113 y ss.

neral, podría afirmarse que, actualmente, son pocas las comisiones cuyas competencias materiales no se vean afectadas por actividades comunitarias. La solución más razonable para este problema parece consistir en la especialización de las funciones de las Comisiones para los asuntos europeos. Es decir, se trata de que realicen funciones distintas no solo de las que llevan a cabo las otras comisiones permanentes, sino, también, en el caso de parlamentos bicamerales, de las atribuidas a las comisiones homónimas en cada una de las cámaras. Los medios para conseguir esta finalidad pueden ser varios. En el Parlamento inglés, que debe considerarse como el que mejor ha desarrollado esta especialización, aunque ambas cámaras examinen la totalidad de los documentos presentados por el gobierno, los procedimientos seguidos difieren completamente. Baste aquí evidenciar la diferencia entre sus nombres, el Comité de la Cámara de los Lores es el Comité Selecto para la Unión Europea, mientras que el de la Cámara de los Comunes se denomina Comité Selecto para la Legislación Europea. De allí que el Comité Selecto de la Cámara de los Lores, como su nombre indica, tiene un espacio de actuación mucho más amplio en comparación con el de la Cámara de Comunes, cuya única tarea es examinar las propuestas legislativas europeas. La importante función de “reflexión” y debate sobre las cuestiones europea que el Comité Selecto de la Cámara de los Lores, desde un principio, ha llevado a cabo hace que este se considere como el instrumento más fuerte de control en ambas cámaras. Ello porque la solvencia y el prestigio de sus informes es reconocido más allá del Reino Unido. Quizás la observación más clara sobre Comité Selecto de la Cámara de los Lores y la que mejor ilustra su naturaleza es la de Donald Shell que describe este órgano como “específicamente activo más que simplemente reactivo en el desarrollo de sus funciones”.³² En este sentido, el trabajo del Comité Selecto sobre la Legislación Europea debe considerarse como esencialmente reactivo, y, aunque sus funciones se hayan modificado, sigue siendo acertado describir la tarea primaria de este Comité como de examen técnico de las propuestas legislativas comunitarias, es decir, un examen que necesariamente corresponde a la agenda fijada por el Consejo de la Unión. Esto permite que tanto en los Comités Permanentes, como, ocasionalmente, en la propia Cámara. Asimismo, pueda llevarse a cabo, rápidamente, un debate con conocimiento de causa. Asimismo, el Comité Selecto lleva a cabo lo que la *House's Standing Order* numero 143 denomina “burglar alarm”, una información de urgencia para que la Cámara pueda estar siempre al tanto de las cuestiones mas relevantes.³³ La tercera y última tarea de este órgano es la de mantener y

32. “The European Communities Select Committees”, en G. Drewry, edit., *The New Select Committees*, Londres, Kluwer Law International, 1985, p. 246.

33. *En The European Scrutiny System in the House of Commons, A short guide for Members of Parliament by the staff of the European Scrutiny Committee*, pp. 37-39, disponible desde internet en: http://www.parliament.uk/parliamentary_committees/european_scrutiny/the_european_scrutiny_system_in_the_house_of_commons.cfm

sistematizar las relaciones entre la Cámara y el Gobierno en temas europeos y, sobre todo, controlar el cumplimiento por parte del Gobierno de las obligaciones que se le imponen para garantizar un control eficaz, por parte de la Cámara, de sus tomas de decisiones dentro del Consejo de la Unión.

En el Parlamento danés por el contrario se ha utilizado el instrumento de la cooperación entre la Comisión para los Asuntos Europeos y sus otras Comisiones permanentes. Las Comisiones se informan recíprocamente acerca de las repercusiones de las iniciativas comunitarias sobre el propio ámbito de competencia, y la Comisión para los Asuntos Europeos sigue siendo la única que pueda formalizar un mandato de negociación, jugando un papel de coordinación de las demás comisiones. El creciente papel de las demás comisiones parlamentarias permanentes dentro del procedimiento de control de los actos comunitarios es indudablemente un avance para el proceso de toma de decisiones, en orden a mantener una determinada posición en el Consejo de la Unión, no obstante, la cooperación ha dado lugar a cierta rivalidad entre la Comisión para los Asuntos Europeos y las demás comisiones. Estas últimas pueden, en la práctica, llegar a influenciar hasta tal punto a los ministros que luego podría ser difícil conseguir cambiar su punto de vista sin causar un problema político, más aún, si se considera que las opiniones de las demás comisiones permanentes podrían definirse como mucho más técnicas, mientras que la Comisión para los Asuntos Europeos en su papel de coordinador debe siempre tomar en consideración ámbitos políticos más amplios.³⁴ En España la creación de subcomisiones en el seno de la Comisión Mixta para la UE es habitual, pero, en general, con el único objetivo de analizar y estudiar alguna cuestión concreta, y no como mecanismo ordinario de organización del trabajo.

LA INCIDENCIA DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL

Por lo que concierne a la incidencia del control parlamentario en relación con las propuestas legislativas y los otros documentos europeos, esta puede ser evaluada en relación a diferentes momentos del mismo procedimiento de control; en primer lugar el envío y la recepción de los documentos; en segundo lugar el examen de las iniciativas europeas; y, por último, la deliberación y la reserva de examen parlamentario.

Dentro del primer bloque se encuentra la cuestión relativa al tipo de documentos remitidos a los parlamentos por sus gobiernos. Y más precisamente a la extensión del

34. F. Laursen, "Parliamentary bodies specializing in European Union Affairs: Denmark and the European Committee of the Folketing", en F. Laureen, S. Pappas, coords., *The changing role of Parliaments in the European Union*, Maastricht, Institute of Public Administration, 1995, p. 50.

ámbito de la intervención parlamentaria. Esta puede desarrollarse en relación, por un lado, con los documentos emanados por la comunidad, es decir, las propuestas normativas y otros documentos que aún siendo más o menos formalizados no tienen fuerza normativa y, por otro, con los documentos procedentes del segundo y tercer pilar.

Por lo que concierne el pilar comunitario, la intervención parlamentaria está prevista de manera general en relación con todos los documentos emanados por la Comunidad y, en especial, todas las propuestas de actos normativos. En relación con documentos procedentes de los otros pilares la práctica es mucho más variada. Los países que reciben la información de todos los documentos de la Unión Europea son, además de los países nórdicos, Italia, Reino Unido, Alemania, Francia y Austria.³⁵ Esto no significa que los demás países no reciban información sobre estos documentos pero sí que la transmisión de dicha información depende exclusivamente de la voluntad del Ejecutivo. A este respecto hay que tener en cuenta el desarrollo experimentado, con la aprobación del Tratado de Amsterdam, por los dos pilares de cooperación, y, sobre todo, por el de Cooperación Policial y Judicial en materia penal, cuyo funcionamiento, aunque no responda al esquema jurídico de la integración, ya no encaja en las técnicas de cooperación. Por estas razones el ámbito de control de la Comisiones debería extenderse, en todo los ordenamientos, a todos los documentos procedentes de estos pilares.

En este mismo bloque, a su vez, figura el condicionamiento sobre la eficacia del control parlamentario, provocado por el tiempo que media entre la presentación de las propuestas a las cámaras y el voto en el Consejo. Aquí hay que citar, en primer lugar, la cuestión relativa a las modalidades a través de las cuales se disciplina el envío por parte del Gobierno de los documentos pertinentes en función del ámbito de intervención parlamentaria. El Tratado de Amsterdam, aunque formalizando a nivel europeo el compromiso de los Gobierno, no establece plazos concretos, y la mayoría de las disposiciones internas que disciplinan este aspecto tampoco parecen hacerlo de manera más exhaustiva. Baste con citar, por ejemplo, el ordenamiento danés que prevé la transmisión de las iniciativas legislativas tan pronto como sean traducidas a su idioma, o el alemán en el que se establece la obligación del Gobierno de informar extensivamente y lo más pronto posible.³⁶ En España la Comisión Mixta aprobó por

35. En el caso italiano el ámbito fue ampliado con el art. 6 de la Ley 422/2000, con el que el legislador intervino directamente en la disciplina general de la Ley 86/89, "La Pergola", introduciendo el art. 1 bis, "Transmisión al Parlamento y a las Regiones de los proyectos de actos comunitarios". La Ley, definitivamente aprobada por el Senado de la República el 19 de enero de 2005, todavía pendiente de promulgación y publicación, que establece "Normas generales sobre la participación de Italia al proceso normativo de la Unión Europea y sobre los procedimientos de ejecución de las obligaciones comunitarias" extiende aun más este ámbito incluyendo también los libros blancos, verdes y las comunicaciones de la Comisión.

36. A. J. Cygan, *National Parliaments an Integrated Europe. An Anglo-German Perspective*, p. 118.

unanimidad, en la V legislatura, una Proposición no de ley por la que se instaba al Gobierno para que exigiera a la Comisión Europea el envío inmediato en castellano de todas sus propuestas legislativas para que este pueda, a su vez, remitirlas con celeridad al Parlamento.³⁷ Es evidente que la ausencia de plazos concretos facilita la apatía o simplemente una inercia difícilmente controlable que, en algunos casos, puede incidir significativamente sobre la efectividad de la intervención parlamentaria. En segundo lugar, y en relación con la recepción de los documentos por parte de las Comisiones parlamentarias, existen en muchos países unos trámites burocráticos que ordinariamente la retrasan. Así, en el caso español, los pasos desde la recepción de un documento por la Representación Permanente hasta el ingreso del mismo en la Comisión Mixta son, en primer lugar, su envío al Ministerio de Asuntos Exteriores, de allí al Ministerio de Presidencia que, a su vez, lo remite a los registros de las Cámaras para, finalmente, pasar por el acuerdo de traslado de las Mesas después del cual se remite a la Comisión Mixta. Un sistema tan complejo solo puede influir negativamente en el eficaz desarrollo de las funciones de la Comisión mixta.

Las problemáticas hasta aquí analizadas, eso sí con diversos grados de complejidad, son comunes a la mayoría de los ordenamientos nacionales. La inflexión se produce respecto del segundo momento en el que inicialmente se ha dividido el procedimiento de control parlamentario con el fin de evaluar su incidencia, es decir, el examen de las iniciativas europeas por parte del órgano parlamentario especializado.

Los rasgos de los modelos más avanzados son los siguientes; en primer lugar, la existencia de un órgano especializado encargado de un primer somero examen de la documentación presentada. Su composición es normalmente reducida como en el caso de los Subcomité de la Cámara de los Lores, o de la Mesa de la Delegación francesa. El importante número de documentos a analizar³⁸ y la brevedad del tiempo del que disponen han llevado a reforzar el personal técnico de soporte a las Comisiones, para poder llevar rápidamente a cabo tareas puramente administrativas como la de ordenar toda la documentación recibida, conseguir del Gobierno los informes pendientes, etc. Una vez seleccionados, por este órgano, los asuntos que no necesitan atención parlamentaria de los que susciten algún interés, estos últimos bien se remiten a las comisiones especializadas, como en el caso de la Cámara de los Comunes y de la Delegación francesa, o bien se estudian por el propio órgano que las recibe, como en el caso subcomité de la Cámara de los Lores.

37. Sección No. 12 de la V legislatura (DSCG/CM/V/42).

38. El número exacto puede consultarse en el informe de discusión *National Parliaments in the European Architecture: elements for establishing a best practice mechanism*, elaborado por A. Maurer y presentado como documento de trabajo No. 8, al IV Grupo de la Convención. Puede consultarse en URL: <http://european-convention.eu.int/docs/wd4/1380.pdf>

En general el efecto más evidente de la labor de las Comisiones de asuntos comunitarios consiste en que el Parlamento nacional, en general, y, en particular, la oposición al Gobierno, puedan controlar e intentar influir en la decisión que su Gobierno adopte en el Consejo de la Unión Europea. Las fórmulas para conseguir este objetivo son muy variadas. En los países escandinavos, bien en las sesiones semanales, o bien antes de la celebración de un Consejo de la UE, los ministros o el ministro competente comparecen ante la Comisión en una reunión a puerta cerrada.³⁹ Allí se debate el asunto, formalizando un mandato que vinculará al Gobierno acerca de la posición a defender en el Consejo de la Unión. Los mandatos de negociación, aunque sean políticamente vinculantes, suelen ser bastante indeterminados en su formulación, con el fin de permitir un cierto margen de actuación al Gobierno en sus negociaciones con los restantes estados miembros. En cualquier caso, el gobierno deberá actuar dentro de los límites del mandato. Esto implica que si la iniciativa legislativa sufre modificaciones importantes el Ministro danés deberá pedir el aplazamiento de la decisión invocando la reserva de examen parlamentario y volver ante la Comisión para conseguir otro mandato.⁴⁰ El procedimiento seguido en la Comisión de la Cámara de los Comunes se inicia con “la hora” de preguntas al Ministro, a la que sigue el debate propiamente dicho al que asiste el representante gubernamental que, a través de este mecanismo, puede conocer la opinión de los parlamentarios. En la Cámara de los Lores las Subcomisiones europeas elaboran un número reducido de informes que persiguen, en primer lugar, un examen riguroso, profundo y detallado de los problemas que los diferentes actos europeos pueden plantear en relación con el ordenamiento inglés y, en segundo lugar, la sistematización de los criterios propuestos para solucionarlos. Estos informes se someterán luego a la deliberación del Pleno.

Todos los demás parlamentos se limitan, sin regularidad alguna, a someter a deliberación, en Comisión o en Pleno, aquellos asuntos comunitarios que consideren más relevantes, con una pretensión de control e influencia en los criterios gubernamentales. No obstante, la influencia de estas Comisiones será efectiva solo si la discusión se llevara a cabo antes de que se tome la decisión, es decir, antes de la reunión del Consejo de la Unión en cuyo orden del día esté incluido el asunto en cuestión. Para ello, en el ordenamiento de muchos estados se ha establecido una “reserva de examen parlamentario”, lo cual nos introduce en el tercer momento del procedimiento a través de los cuales se ha intentado evaluar la incidencia del control parlamentario sobre los asuntos europeos.

39. F. Laursen, “Parliamentary bodies specializing in European Union Affairs: Denmark and the Europe Committee of the Folketing”, p. 47.

40. F. J. Matía Portilla, *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, p. 123.

Dicha reserva ha sido homogeneizada, en parte, por el Protocolo sobre el cometido de los parlamentos nacionales en la Unión Europea que establece un plazo de seis semanas entre el momento en que la Comisión transmite al Consejo una propuesta legislativa o de otras medidas y su inserción en el orden del día del Consejo.

Con esta reserva el Gobierno se compromete a no manifestar su criterio en el Consejo de la Unión Europea hasta que el Parlamento haya tenido oportunidad de deliberar sobre el asunto.

La reserva parlamentaria se ha establecido en los ordenamientos de los estados miembros con muy diversos instrumentos normativos,⁴¹ y también son diferentes las cláusulas de salvaguarda para el Gobierno que, por lo general, se aplican por urgencia, o cuando una cuestión se considere rutinaria, de poca relevancia o sustancialmente igual a otra ya tratada. El ministro competente puede también expresar su opinión si considera que existen especiales razones que le impiden esperar u otros motivos de interés nacional, y que permiten no respetar la reserva, con el compromiso, esto sí, de dar cuenta “*a posteriori*” a la Cámara.

El problema que plantea la “reserva de examen parlamentario” así configurada es la de no cubrir los dos tercios de los puntos incluidos en la agenda del Consejo, ya que ellos vienen decididos a través de “acuerdos preliminares” dentro del Coreper o hasta en los grupos de trabajo y, por tanto, con mucha antelación respecto de la elaboración de las indicaciones parlamentarias.

El objetivo último de estas Comisiones, como ya se ha señalado, es el influir sobre la posición adoptada por el representante ministerial dentro del Consejo de la Unión a través de un mandato de negociación. La Comisión danesa es la única que puede imponer tales mandatos al Gobierno nacional, aunque quepa la posibilidad de que no adopte ninguna posición en relación con un determinado asunto. En este caso, el ministro gozará de total libertad para negociar lo que estime oportuno en el Consejo de la Unión. Este instrumento si fuera utilizado por todos los ordenamientos permitiría, más allá de las peculiaridades del modelo danés, la existencia de un mecanismo de control por parte de la minoría Parlamentaria, elemento que se configura como esencial en los estados democráticos, a pesar de que su efectividad en cada momento dependa del apoyo parlamentario con el que cuente el Gobierno. Y ello porque es imaginable, en virtud de la significativa experiencia de la Comisión danesa, que incluso gobiernos mayoritarios no cuenten, en ocasiones, con la aprobación automática en el Parlamento de su propuesta de negociación comunitaria.

41. Se trata, por ejemplo, de preceptos constitucionales en el caso Alemania y Austria, de leyes, en Holanda e Italia, reglamentos parlamentarios y resoluciones del Comité de procedimiento en Gran Bretaña, de una circular del Primer Ministro en Francia y de convención constitucional en Dinamarca.

Con el análisis hasta aquí realizado se ha pretendido evidenciar la multiplicidad de factores que influyen por cada Estado en la intensidad de participación de sus parlamentos en los asuntos europeos. No obstante, debe apuntarse que más allá de los concretos procedimientos a través de los cuales se sustancia el control parlamentario, los factores que más influyen sobre él son la tradición parlamentaria y el papel que el Parlamento ocupa en el sistema político, la disciplina parlamentaria de los partidos políticos, la naturaleza de los gobiernos y la estructura jurídico-constitucional del Estado. Por ello, es evidente que en este ámbito se trata de unas decisiones autónomas, ya que el papel que tenga cada Parlamento nacional en el tratamiento de los asuntos europeos es en principio una cuestión interna propia de la autonomía de cada Estado. Sin embargo, existen algunos factores relacionados a la eficacia de este control que han sido reforzados, con la aprobación del Tratado por el que se establece una constitución para Europa, a través de una disciplina uniforme a nivel comunitario.

LOS PARLAMENTOS NACIONALES EN EL TRATADO POR EL QUE SE ESTABLECE UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

El Tratado constitucional, en primer lugar, demuestra que una más intensa participación de los parlamentos nacionales en los procedimientos comunitarios no distorsiona el funcionamiento de la Unión, ni añade mayor complejidad a sus procesos de toma de decisión y de actuación. En segundo lugar, revela la existencia de la voluntad a nivel comunitario de hacer efectivas todas aquellas medidas que fortalecen el papel de estos órganos y, con ello, su función de catalizador del debate comunitario, para que por fin pueda lograrse algún tipo de conexión entre ordenamiento europeo y ciudadanos. Pero, sobre todo, apunta a la conciencia de que para conseguir afianzar el proceso de integración y su legitimidad democrática no puede prescindirse de una adecuada participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones europeas. Tanto es así que, en su garantía, el derecho comunitario ha llegado a quebrar el principio de autonomía institucional penetrando en el derecho interno.

Los elementos relacionados a la eficacia del control parlamentario que han sido reforzados a través de una disciplina uniforme a nivel comunitario, pueden resumirse como sigue. Por lo que concierne al alcance del deber de información de los parlamentos no queda ya ningún ámbito material exento. En el Protocolo sobre la función de los parlamentos nacionales en la Unión Europea se prevé la transmisión directa a los parlamentos nacionales de todas las propuestas de actos legislativos europeo, así como todos los documentos de consulta de la Comisión (libros verdes, libros blancos y comunicaciones), el programa legislativo anual y cualquier otro instrumen-

to de programación legislativa o de estrategia política. La selección del elevado número de documentos que serán transmitidos a los parlamentos será indirectamente facilitada por lo dispuesto en Título V, de la Parte I, del Tratado, es decir por la introducción de una jerarquía normativa entre los actos comunitarios.

El Protocolo establece además la transmisión directa a los parlamentos del programa legislativo anual y demás instrumentos de programación legislativa o estratégica. El acceso a estos instrumentos de programación permitirá a los parlamentos disponer de la información sobre las propuestas legislativas así como sobre la planificación estratégica global, necesaria para planificar su trabajo e intervenciones. Por cuanto se refiere al acceso a la información no relacionada con los proyectos de acto legislativo la transmisión directa de los documentos consultivos de la Comisión representa tan solo una aclaración de lo establecido en el Tratado de Amsterdam, de acuerdo con el cual estos documentos se transmitirían “puntualmente”. Asimismo, el Tribunal de Cuentas deberá enviar su informe anual a título informativo a los parlamentos nacionales.

También tendrá un indudable efecto positivo sobre la función de control de los ejecutivos, la decisión de reservar a la Comisión Europea, al Parlamento y al Consejo, según el caso de que se trate, la labor de información a través de la transmisión directa de los proyectos de actos legislativos europeos a los parlamentos nacionales al mismo tiempo que a las otras instituciones comunitarias. A través de esta previsión se consiguen dos resultados: por una parte, superar los problemas causados por la desidia de algunos gobiernos; y, por otra, tener constancia de la fecha de envío a los efectos del plazo de seis meses para que los parlamentos puedan ejercer el control sobre sus ministros. Sobre todo porque este plazo, aunque no siendo generoso, puede considerarse suficiente una vez garantizada la uniformidad del traslado de los documentos.

Por otra parte, si bien se reproduce la antigua obligación de respetar un plazo de seis semanas antes de la inclusión de una propuesta en el orden del día del Consejo de Ministros, se añade que, a lo largo de este plazo, salvo excepciones por motivos de urgencia, no deberá verificarse ningún acuerdo sobre ella, lo cual elimina la posibilidad de que otros órganos comunitarios puedan llegar a acuerdos preliminares sobre estas propuestas, lo cual, en principio, impide que durante este período pueda llegarse a acuerdos preliminares en el Coreper o en los grupos de trabajo.

Otro aspecto relevante es la obligación del Consejo de sesionar públicamente cuando delibere sobre propuestas legislativas, así como la de comunicar a los parlamentos los órdenes del día, las actas y los resultados de dichas sesiones. Aunque las disposiciones relativas a la publicidad de las sesiones son de naturaleza general y no están directamente destinadas a los parlamentos nacionales, este cambio contribuye

a que los órganos parlamentarios reciban más rápidamente la información y puedan, además, fiscalizar fácilmente la acción de sus gobiernos en el Consejo.

No obstante, la novedad más relevante es, sin ninguna duda, la introducción, en el Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad, del mecanismo de “alerta rápida”, mediante el cual todo Parlamento puede, en el plazo de seis semanas a partir de la transmisión, “dirigirse a los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dar un punto de vista motivado conteniendo las razones por las cuales estimaría que la propuesta en cuestión no es conforme al principio de subsidiariedad”.⁴² Si el dictamen sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad representa a un tercio del total de los votos atribuido a los parlamentos,⁴³ la Comisión, o bien el órgano en el que el proyecto de acto legislativo europeo tiene su origen, deberá volver a estudiar su propuesta y puede decidir mantener su propuesta modificarla, o retirarla, conservando así su poder con la “única obligación”, en el primer caso, de “motivar su decisión”.

Es evidente que a través de la previsión del mecanismo de “alerta rápida” el derecho comunitario irrumpe en el derecho parlamentario ya que su finalidad no es simplemente la facilitar desde el ordenamiento supranacional la participación parlamentaria, sino la de regular, aunque escuetamente, una nueva forma de intervención parlamentaria cuya consecuencia es la previsión de nuevas facultades a desarrollar para estos órganos. Así que la necesidad de legitimar el proceso de integración a través de la garantía de sus principios informadores entra en colisión con otro principio sobre el que hasta ahora se había basado este mismo proceso, esto es, el de autonomía institucional.⁴⁴

Además de este control político cuyos efectos son bastante limitados, el Tratado prevé la posibilidad de actuación ante el Tribunal de Justicia a través los recursos de nulidad por incumplimiento del principio de subsidiariedad “interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo III-365 de la Constitución por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo”.

Por su parte, también los artículos relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia establecen un cometido para los parlamentos nacionales que debe considerarse

42. Art. 8 del Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

43. El segundo apartado del art. 7 del Protocolo establece que: “cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto”.

44. En este sentido E. Albertí Rovira y E. Roig Molés, “El nuevo papel de los parlamentos nacionales entre Derecho Constitucional nacional y Derecho Constitucional europeo”, en M. Cartabia, B. de Witte, P. Pérez Tremps, dirs., *Constitución Europea y constituciones nacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 477 y ss.

como un reconocimiento de la tarea específica que estos órganos desempeñan en un espacio que, necesariamente, incide sobre las libertades fundamentales y, por ello, al núcleo central del principio de subsidiariedad. Debe además señalarse que, en el caso de propuestas legislativas relativas a este espacio, el umbral para la activación del mecanismo de “alerta rápida” sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad se reduce al 25% del total de los votos atribuidos a los parlamentos.

Por último, el Tratado introduce la obligación del Consejo Europeo de comunicar a los parlamentos nacionales toda iniciativa tomada en aplicación del procedimiento “de revisión simplificada de la constitución”. Este procedimiento autoriza al Consejo Europeo a adoptar decisiones con las que puede, por una parte, consentir al Consejo de Ministros pronunciarse en un determinado ámbito por mayoría cualificada aunque el Tratado establezca la unanimidad; y, por otra, permitir la aprobación de leyes o leyes marco europeas por el procedimiento legislativo ordinario cuando debería seguirse el especial. Ahora bien, lo que resulta significativo es que la transmisión de estas iniciativas a los parlamentos no tiene un valor meramente informativo ya que “de mediar oposición de un Parlamento nacional” el Consejo Europeo no podrá adoptar la decisión.

Todos estos mecanismos si, por una parte, deben considerarse como una adecuada respuesta a los problemas planteados acerca de una más incisiva presencia de los parlamentos en el sistema comunitario, por otra, plantean algunos problemas desde el punto de vista de su eficacia, ya que debe suponerse que difícilmente la mayoría parlamentaria llegará a adoptar, a nivel europeo, una posición diferente a la de su Gobierno. Por ello, la relevancia del sistema de “alerta rápida” será directamente proporcional a su capacidad de suscitar en cada país un debate interno que permita a las minorías expresar sus posiciones acerca de determinadas decisiones comunitarias. Esta potencialidad cubre, además, un ámbito bastante amplio en función de las extensas implicaciones que tiene el principio de subsidiariedad. Al igual que por el control político, la activación del control jurisdiccional necesitará una intervención normativa de los estados que delimite el ejercicio de su legitimación.⁴⁵

Es así que, aunque con el nuevo Tratado se abra a nivel europeo un espacio de participación mucho más amplio para los parlamentos nacionales, su concreta delimitación corresponderá a los ordenamientos de cada uno de los estados. Para demostrarlo, baste con apuntar que la escasa precisión de las disposiciones europeas deja a estos últimos un amplio margen de maniobra, que podría hasta llegar a permitir la previsión de la obligación del Parlamento o del Gobierno de ejercer su legitimación

45. Las problemáticas inherentes al sistema de “alerta rápida” han sido analizadas en profundidad por E. Albertí Rovira y E. Roig Molés, *ibidem*, pp. 483-486.

a instancia de diferentes minorías configuradas en función de las diferentes realidades políticas y territoriales de cada Estado miembro.

Si es cierto que una adecuada participación de los parlamentos nacionales en la toma de decisiones europeas redundaría en un reforzamiento del proceso de integración comunitaria y de la legitimidad democrática de sus instituciones, también lo es que las nuevas funciones otorgadas por el Tratado constitucional a los parlamentos demuestran, más claramente que nunca, la necesidad de una evolución conjunta de los ordenamientos estatales y europeo que facilite la correcta articulación del proceso de integración a estos dos niveles.

Por todo ello, los resultados alcanzados a nivel comunitario no llegarán a desarrollar todas sus potencialidades al margen de un real proceso de adaptación de aquellos ordenamientos constitucionales en los que todavía existe un débil reconocimiento de la integración europea.

La teoría de sistemas de Niklas Luhmann

Apuntes previos para una aplicación a la sociología del derecho*

*Santiago Basabe Serrano***

A pesar de las grandes tensiones observadas en la discusión teórica de las ciencias sociales de las últimas décadas, que van desde el énfasis individualista de la elección racional y el conductismo, hasta la mayor atención en las estructuras y la interacción de los actores en el neo institucionalismo, uno de los puntos en los que parecería haber cierto acercamiento se halla dado en la necesidad de plantear estudios de carácter interdisciplinario. Sobre dicha base, el presente trabajo constituye un esfuerzo por analizar algunas ideas que, desde la tradición sistémica, pueden servir como elementos de juicio para entender de forma más amplia las decisivas relaciones suscitadas entre política y derecho; entre politólogos y juristas.

FORO

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Una de las principales falencias que afronta nuestro país cuando se trata de discutir y reflexionar en torno a las instituciones políticas, la democracia y el Estado de Derecho –recursivamente mencionado en los últimos meses–, es la ausencia de correas de transmisión entre lo estrictamente jurídico-normativo y las entradas teóricas que sustenten aquello, a partir de la visión de la sociología o de la ciencia política. Esto ha dado lugar a que se establezcan fronteras injustificables entre el Derecho y las demás ciencias sociales, dando paso a que el debilitamiento de uno y otras sea cada vez mayor. Si a ello agregamos que al interior de los propios espacios de reflexión académica del país los abogados caminan por andariveles diversos e incone-

* Algunas de las ideas aquí expuestas fueron incorporadas como parte del trabajo investigativo realizado por el autor dentro del Programa de Maestría en Derecho Económico, de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, entre los años 2000 y 2002.

** Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. Doctorando en Ciencia Política, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires.

xos frente a politólogos, sociólogos y antropólogos –por citar solo algunos–, la realidad se torna aún más dramática.

Dicho *divortium* genera no solo horizontes de análisis reducidos en los dos espacios sino, y lo que es aún peor, diseños de políticas públicas mutilados entre lo que constituye la estructura básica de la sociedad, en términos de Rawls, y lo que los actores efectivamente ejecutan como formas de relacionamiento social cotidiano (Simmel, 1907). Frente a tal escenario, y en el afán de buscar *diálogos* e intercambios interdisciplinarios, el presente artículo ofrece una visión panorámica de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann, abordándose sus principales ideas y argumentaciones, tanto desde la política como desde la disciplina jurídica.

Así, y en el afán de establecer nexos de mayor alcance, el trabajo debe ser visto como un insumo a partir del que puedan germinar aportes posteriores que vinculen argumentaciones provenientes de la sociología, la ciencia política, el derecho, la antropología, la economía y, en general, las ciencias sociales. Llegar a establecer contactos e interrelaciones entre las ciencias sociales y las ciencias naturales y exactas, será un paso posterior.

Como he señalado, entrego simplemente algunos conceptos fundamentales de la vasta y densa obra de Luhmann, para que a partir de allí se puedan establecer aplicaciones específicas al caso nacional. Agregó también algunas referencias a otros autores relacionados y, fundamentalmente, una ligera descripción de las principales tensiones presentadas entre el autor en mención y la teoría crítica de Jürgen Habermas. En definitiva, este constituye un primer intento para buscar que los *esponsales* tiendan puentes y asuman que es necesario generar propuestas interdisciplinarias, pues a partir de allí el mayor rigor investigativo y en sí la riqueza de la producción irán en beneficio de los intereses nacionales.

AUTOPOIÉSIS, COMPLEJIDAD Y CÓDIGOS BINARIOS: ALGUNOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA LUHMANIANA

La teoría de la *sociedad sin hombres*, desarrollada por el abogado y sociólogo alemán Niklas Luhmann, es, sin lugar a dudas, uno de los enfoques más profundos de la segunda mitad del siglo XX y constituye, para la sociología, el derecho y las ciencias sociales en general, una nueva visión acerca del desarrollo de sociedades caracterizadas por su diferenciación, altos niveles de complejidad y relaciones basadas en las comunicaciones y la tecnología (Inglehart, 1977), vistas como instrumentos de trascendental importancia en el desarrollo de las estructuras societales de los últimos años.¹

1. Sobre la influencia de las comunicaciones, la tecnología y la diversidad en la que se desenvuelven las socieda-

Si Habermas es uno de los últimos defensores de los principios de la Ilustración y de la Modernidad, en Luhmann dicha concepción emancipatoria de la razón humana y de la visión logocéntrica en la que se enmarca es dejada de lado. En efecto, la posición luhmaniana señala que el ser humano no es más el centro de la evolución de los sistemas sociales, por lo que su estelaridad como eje articulador de los cambios y el devenir estructural de los tejidos societales marcan su término.² Luego, la sociedad es pensada desde la distinción sistema/entorno, en cuya dicotomía el ser humano se encuentra siempre en el *ambiente*.³

Cabe señalar además que para Luhmann existen tres sistemas principales de interacción. De un lado, el de los sistemas sociales propiamente dichos, entre los que llamamos al de carácter jurídico, político, económico, cultural, etc. De otro, el del ser humano, denominado síquico; y, finalmente, el de los seres de la naturaleza, en el que se encuentran las especies animales y vegetales provistas de vida. A todos ellos la teoría sistémica los considera como independientes y autónomos, denominándolos subsistemas; así, el subsistema jurídico, el político o el síquico.

Dentro de la misma relación *sistema/entorno* que se ha citado, la estructura de cada uno de los subsistemas se mantiene y genera sus propias dinámicas internas, a partir del ejercicio permanente de reducción de *complejidad*,⁴ que consiste en la aprehensión de determinados *sucesos* –estados del mundo o estados de los subsistemas– que, por ser asimilables al *código binario* particular de cada subsistema, permite que éstos puedan mantenerse y generar nuevas dinámicas en su estructura interna. El ejercicio de selección operativa de *contingencia* –es decir, todo aquello no indispensable ni necesario sino simplemente posible– realizado por los subsistemas parte en-

des contemporáneas; así como la determinación de dichos conceptos en la estructuración de una cultura ciudadana posestructuralista y su consiguiente repercusión en el diseño y objetivos del estado, ver Luciano Tomassini, *La política internacional en un mundo postmoderno*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1985.

2. Un ligero estudio comparativo de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y la teoría de la acción comunicativa propuesta por Jürgen Habermas lo encontramos en Luis Armando González, "Teoría crítica versus Teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas", inédito, México D.F., 1992.
3. La teoría sistémica de Luhmann marca la explicación de la sociedad a partir de la elaboración de dos categorías diferenciales de análisis: *sistema* y *entorno*. En el primero se encuentran una serie de subsistemas autónomos que se reproducen por sí mismos y que dan lugar a códigos de comportamiento específicos para cada uno de ellos (v. gr. el subsistema jurídico, el subsistema político, el subsistema cultural, etc.), mientras que en el segundo se encuentra *todo lo que no es parte de cada subsistema*. De dicha forma, y por exclusión simple, todos y cada uno de los subsistemas constituyen el entorno respecto a aquél de ellos en torno al que fijemos nuestra atención. Un desarrollo analítico de la entrada teórica luhmaniana está publicado por I. Izuzquiza, *La sociedad sin hombre. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990.
4. La complejidad es otro de los conceptos fuertes utilizados en la sociología luhmaniana, y se refiere al conjunto de todos los sucesos que circulan alrededor del sistema social. En este sentido, la complejidad es el entorno permanente de los subsistemas sociales, frente al que se genera el proceso de autoobservación y autodescripción.

tonces de una lógica de exclusión dada por la carga valórica que se encuentra envuelta en cada uno de los códigos operativos señalados.

En este sentido, señalo que un código operacional o *código binario* es una estructura valórica a través de la que se verifica el proceso de decantamiento de lo que aprehende cada subsistema para sí y, a la vez, de lo que desecha, por extraño a su conformación estructural.⁵ En el caso del subsistema jurídico, éste se halla dado por el código binario legal/ilegal; el subsistema político por la dicotomía poder/no poder y así todos los subsistemas sociales. De esta forma se permite la autorreproducción de cada uno de ellos; tal cual el caso de las células o de los sofisticados sistemas cibernéticos.

A partir del citado ejercicio de *reducción de complejidad*,⁶ que es tarea independiente de todos y cada uno de los subsistemas para garantizar así su propia dinámica y mantenimiento dentro del sistema social, se dirá que los subsistemas se *autorreproducen* y se *autoobservan*. Este es el mecanismo, entonces, por el que cada estructura marca la diferencia con el *entorno*; es decir, con los otros subsistemas. Luego, cada subsistema se observa a sí mismo y a partir de eso produce su propia identidad.

En la construcción teórica de Luhmann, este proceso de diferenciación autogenerada por cada subsistema es lo que se denomina *autopoiesis*;⁷ es decir, la posibilidad de que cada uno de ellos se halle provisto de un proceso interno de elaboración y reelaboración estructural. Así, se permite que cada subsistema maneje sus propias lógicas operativas, observadas como autónomas respecto a las que se generan en el *en-*

5. Cada uno de los subsistemas sociales mantiene un código binario propio que les sirve para *reducir la complejidad* existente en el entorno. En este sentido, si partimos de la consideración de que todo lo que está afuera del subsistema es ambiente o entorno, tal cadena de sucesos pueden o no ser aprehendidos por un subsistema determinado, dependiendo de si el tipo de comunicaciones inmersas en tal suceso son decantadas favorablemente por el respectivo código binario. Ejemplifico: el subsistema jurídico es una de aquellas estructuras que forman parte del sistema social, y como tal posee una carga valórica propia enmarcada alrededor de su código binario: lo legal e ilegal. Son éstas las categorías éticas que le servirán al subsistema jurídico para escoger, de entre los sucesos que forman el entorno, cuáles le servirán para generar su proceso interno de reproducción como subsistema. Si existen sucesos propios del subsistema económico o político –por citar algunos– que pueden incidir sobre el jurídico, el código binario los decantará y aprehenderá para incluirlos en su dinámica; caso contrario, los omitirá.

6. Se señala que la reducción de complejidad es una de las tareas básicas de los subsistemas porque a partir de la aprehensión de sucesos que realizan por medio de sus códigos binarios se permite que el entorno se “despeje” y se evite la saturación del mismo. En la vía contraria, cada subsistema al aprehender contingencia realiza un ejercicio similar de liberalización de aquellos sucesos que, por haber sido relegados por el sistema, son expulsados hacia el entorno. De no generarse permanentemente esta dinámica al interior de los subsistemas, el peligro de saturación interna sería latente.

7. Sobre la capacidad de armonización propia y autónoma al interior de cada subsistema y su relación con el entorno, la posición de Luhmann la hallamos en Niklas Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 16 y ss.

torno –en los otros subsistemas–. De allí surge la noción de que cada subsistema se encuentra *operacionalmente cerrado*.

Sin embargo, el hecho de que los subsistemas se encuentren operacionalmente cerrados –la clausura sistémica de Luhmann– no implica decir que no exista entre ellos interacciones o que cada uno de ellos se reproduzca sin guardar armonía con el *entorno* pues, precisamente, la capacidad autopoietica de cada subsistema está dada por la absorción o incorporación a su propia estructura de los sucesos acontecidos en el resto del sistema social. De esta manera, la teoría luhmaniana señala, aunque parezca en principio paradójico, que los subsistemas son también *abiertos*. Abundaré en esto en el párrafo siguiente.

Si hemos citado que para su proceso de reproducción interno cada subsistema parte de valoraciones éticas⁸ –vía códigos binarios– propias, lo que conduce a decir que son estructuras cerradas, la posibilidad de que cada subsistema pueda tener vida propia está dada por la aprehensión o no de los sucesos o contingencia que se hallan en el entorno. De allí que se alimenten de él para, a posteriori, proceder a efectuar su propia operación autopoietica de generación de *sentido*. En la medida en que existe este relacionamiento con lo que no es parte de cada subsistema es que se puede hablar de subsistemas cerrados y, a la par, abiertos (García Amado, 1997).⁹

De esta forma, cada subsistema se *autoobserva* para reproducirse y también *observa* a los otros subsistemas para a partir de allí generar sus propias dinámicas. Así, por citar un caso, el subsistema jurídico genera su autopoiesis a partir de sus propias elaboraciones y también en base a aquellos sucesos que, proviniendo de otros subsistemas, como el político, son aprehendidos o no por su código binario: legal/ilegal. Lo dicho desemboca en el análisis sistémico de la relación (i) demandas o insumos fren-

8. La recurrencia de Luhmann a la configuración de valores éticos como estructurantes de los códigos binarios de los subsistemas, parte de la “Gran Teoría” de Talcott Parsons. Para este último, la conformación de estructuras sociales sirve de sustento al papel que concatenadamente desarrollarán los individuos inmersos en el grupo social. Sobre la temática abordada se puede recurrir a Pablo García Ruiz, *Poder y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990. En lo referente a la estructura normativa como eje de gestión de la acción social hallamos una descripción y análisis en Talcott Parsons, *La estructura de la acción social*, tomo I, Madrid, Guadarrama, 1968, p. 83. El enfoque se lo puede visualizar también en C. Wright Mills, *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 59.

9. Las paradojas se hallan siempre presentes en la teoría de los sistemas autopoieticos de Luhmann, y, precisamente, una de ellas es la característica de los subsistemas sociales de ser cerrados y a la vez abiertos; vale decir, generadores de clausura operativa por medio de su ejercicio de autoobservación y autorreproducción y, a la par, sometidos a la posibilidad de relacionarse con el entorno. Es tal la trascendencia de esta aparente paradoja, observada como generadora de criterio diferencial o selectivo que el propio Luhmann llega a establecer la siguiente analogía: “la función del sentido (vía códigos binarios) para los sistemas síquicos y los sistemas sociales equivale a la de los universales bioquímicos (DNA, RNA) para los sistemas orgánicos”, en Niklas Luhmann, *Funktion der Religion*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1977, p. 21; citado por Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

te a (ii) resultados o rendimientos; puesto que la atención en este punto clarificará lo antes mencionado.¹⁰

En efecto, cada subsistema produce sus propios sucesos, sea a partir de su autoobservación –la noción de cerrado–, sea a partir de la observación y aprehensión de aquellos sucesos elaborados por otros subsistemas –la noción de abierto– que le son compatibles; esto último a base de la capacidad de selección de los códigos binarios. Así, cada subsistema procesa sucesos, vistos como demandas o insumos –inputs– del entorno, y genera, a la par, nuevos sucesos, resultados o rendimientos –outputs–, a partir de su capacidad autopoiética. Relacionar lo dicho con el funcionamiento del organismo humano ejemplifica de mejor forma la argumentación expuesta.¹¹

COMUNICACIÓN Y SUJETO: PERSPECTIVAS LUHMANIANAS Y ALGUNAS DE LAS TENSIONES FRENTE A LA TEORÍA CRÍTICA

Hasta ahora me he centrado en el análisis de las lógicas operativas de los subsistemas a partir de sus características de autopoiésis y clausura operacional. Sin embargo, resta por considerar un punto nodal de la teoría luhmaniana, y quizás el centro de su explicación, pues a partir de allí se marca la diferencia con otras visiones de carácter sistémico. En efecto, la distancia marcada por Luhmann radica en que el motor que propicia las dinámicas sociales y da lugar a la generación de complejidad y contingencia no es más la actividad propiciada por el ser humano,¹² direccionando dicho papel hacia las *comunicaciones*. A ellas hago referencia cuando hasta ahora, por razones explicativas, las he citado con la genérica acepción de *sucesos*.

La teoría luhmaniana, también descrita como de la *sociedad sin hombres*, al apartarse de la concepción antropocéntrica como articuladora del progreso y el desarrollo, afronta un nuevo eje conductor en la lógica de la acción social: en sociedades es-

10. En teoría política, los principales aportes sistémicos se los puede ubicar a partir de los trabajos de David Easton. De ellos cito a David Easton, *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999.

11. De hecho, uno de los principales insumos de la teoría de Luhmann son aportes provenientes de la biología efectuados por Maturana y Varela.

12. La actuación descentrada del sujeto y su posibilidad meramente contingente de ser centro de imputación de acciones, es uno de los ejes de la teoría de sistemas de Luhmann. Un desarrollo explícito de la ubicación del individuo dentro de la sociedad la hallamos en Niklas Luhmann y Raffaele de Georgi, *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993. También hallamos un análisis en torno a la falta de autodescripción del hombre en la teoría sistémica luhmaniana en Nora Rabotnikof, “De la política según Luhmann”, en Antonio Camou y José Esteban Castro, coords., *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México D.F., Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), Sede Académica de México, 1997.

tructuralmente diferenciadas, con altos niveles de complejidad y en las que la propensión al riesgo es decisiva, las comunicaciones son la piedra angular del ejercicio de reproducción y cambio en los subsistemas sociales. Por ello, lo que se produce en cada subsistema, lo que éstos aprehenden del entorno y lo que circula por él son, precisamente, comunicaciones.

En palabras del propio Luhmann, *la sociedad es comunicaciones y nada más que comunicaciones*,¹³ ejemplificando de esta forma la trascendencia que se otorga al conjunto simbólico que éstas representan y a su actividad de interpenetración en los subsistemas, a partir de su aprehensión o no realizada a través de los códigos binarios operantes en cada uno de ellos. Por tanto, la posición de Luhmann en este punto se halla orientada a considerar a la comunicación como un evento que trasciende la clausura del sistema síquico¹⁴ y como síntesis de algo que va más allá de una sola conciencia.

De allí que se considere que la comunicación no se agota en la dimensión sociológica o individual, pues la comprensión de la misma desde esta perspectiva se verifica tan solo cuando se produce la pretensión de transmisión de información de un individuo hacia otro. Al rechazar la posibilidad de agotar la comunicación en la mera dimensión individual, Luhmann se opone también a afrontarla en clave de acción y como *acción comunicativa*, presupuesto del que se genera la entrada teórica asumida por Jürgen Habermas (González, 1993). Luego, si para la teoría crítica el consenso es el resultado del intercambio racional-comunicativo entre los sujetos y la definición de los intereses comunitarios marcan la pauta de la legitimidad de las decisiones y de la elaboración de la normativa jurídica, para Luhmann el subsistema político dispone de instrumentos de integración y control propios que autolegitiman los procesos decisionales.

Así, el problema surgido por la *legitimación* en la escuela franckfurtiana (Offe, 1980) no es asumido en la teoría sistémica luhmaniana como fuente de debate, por cuanto lo *legítimo* no es cuestión de consenso entre los ciudadanos, sino de generación autopoietica por parte del subsistema político, a partir de cuya variación se producirá una *resonancia*¹⁵ posteriormente aprehensible desde los otros subsistemas. En

13. Niklas Luhmann, *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*.

14. Dentro de la conformación de los sistemas sociales se mencionó que el ser humano se hallaba siempre alrededor de un entorno frente al que las comunicaciones asumen el papel trascendente. Sin embargo, el propio sujeto mantiene un subsistema propio, autónomo y autopoietico: el *subsistema síquico*. Siguiendo la lógica de la teoría en análisis, el subsistema síquico se autoprograma y mantiene una escala lexical de valores que conforman su estructura cognitiva y le permiten mantenerse vinculado con el entorno a través de la configuración de su propio código binario. Al respecto se puede acudir a Niklas Luhmann, *El amor como pasión*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

15. Cuando los subsistemas varían su estructura interna a propósito del ejercicio permanente de autodescripción y

esta medida, el intento de explicar la realidad por parte de Luhmann surge de alinear los conceptos dados desde los sistemas integrados de la cibernética¹⁶ y de las ciencias naturales¹⁷ para aplicarlos a la lógica de las ciencias sociales, generando un modelo *holístico* en el que, a diferencia de Habermas –quien mantiene una pretensión de análisis en torno a la transformación–,¹⁸ concibe a la observación como un fin en sí mismo.¹⁹

De esta forma, las tensiones entre Habermas y Luhmann constituirían el corolario de un debate presente desde mediados del siglo XX y que tiene como centro de discusión la crisis del sujeto individual. En torno a esta temática, algunos pensadores establecieron ya para esa época que en los campos de concentración del ejército nazi habían sido enterrados, además de innumerables vidas humanas, los principales ejes del sustento filosófico de la Modernidad, con todas las consecuencias que aquello implica.

autoobservación –autopoiésis–, se generan nuevas comunicaciones hacia adentro, pero también hacia fuera. Estos resultados de la dinámica sistémica se constituyen en nuevas comunicaciones que, dependiendo de su naturaleza y carga valórica, puede ser aprehendidas por los otros subsistemas y asumidas para su propia lógica operacional. Este ejercicio de impacto de determinadas comunicaciones provenientes de un subsistema sobre otros es lo que Luhmann denomina *resonancia*. Por tanto, la *resonancia* causada por los subsistemas no solo altera su integridad, sino que constituye una descarga hacia el sistema social en general. En determinadas condiciones, el léxico asumido por Luhmann se torna denso y de su correcto entendimiento depende en buena medida la comprensión de la teoría sistémica. Para una clarificación de la terminología de la *sociedad sin hombres* es útil consultar el trabajo de Danilo Zolo, “El léxico de Luhmann”, en Antonio Camou y José Esteban Castro, coords., *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, Flaco-México / Triana, 1997.

16. La visión de Luhmann tiene como antecedentes teóricos, además del estructural funcionalismo de Parsons, ya mencionado, a las teorías anglosajonas de la conducta colectiva (Olson, 1992), a la también citada teoría de la cibernética, a la teoría de juegos (Davis, 1971) y a la sociología de la organización institucional.
17. También se ha citado que otro de los aportes al pensamiento luhmanniano –principalmente en lo relativo a los conceptos de autopoiésis y sistemas autorreferenciales– nace desde las teorías aplicadas a la biología por parte de Varela y Maturana. Una de las obras citadas por Luhmann al respecto es H.R. Maturana, *Erknen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit*, Braunschweig, Vieweg, 1982.
18. Un análisis de la tensión suscitada entre Luhmann y Habermas lo podemos encontrar en Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Madrid, Trotta, 1998. También en “Discusión con Niklas Luhmann (1971): ¿teoría sistémica de la sociedad o teoría crítica de la sociedad?”, en Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990. En este mismo contexto, parte del cuestionamiento de Luhmann a la teoría habermasiana lo tomo de Juan Antonio García Amado, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, pp. 112-113. En fin, la confrontación entre los sociólogos alemanes se la puede traslucir del análisis de aquellas obras en las que declaran haber alcanzado el mayor desarrollo de sus respectivas teorías: Niklas Luhmann, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza / Universidad Iberoamericana, 1991; y, Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1989.
19. La idea de progreso en Luhmann parte de los presupuestos de la complejidad de los subsistemas y de la capacidad de aprehensión de comunicaciones de parte de éstos a través del empleo de los códigos binarios. En este sentido, cuando un subsistema reduce complejidad del entorno mediante el mecanismo de la doble contingencia y la aprehensión en sí de comunicaciones, dicha actividad genera una “resonancia”, tanto en el entorno como en los otros subsistemas, lo que produce variaciones en aquéllos en búsqueda de autorreproducirse y autoobservarse.

Se pensó entonces, y aún ahora, que la centralidad de la razón humana y del sujeto como autor de la historia y de los grandes paradigmas, ideologías y relatos, que daban sustento explicativo al sentido unidireccional de la racionalidad, habían quedado de lado. Lo dicho se afirmaba aún más ante un panorama internacional en el que la búsqueda del equilibrio entre las ideas y la experiencia, la razón y la práctica, la diferenciación²⁰ y preferencia por lo fragmentario y fluido antes que la sumisión a la hegemonía de las grandes ideologías y estructuras, eran los principales argumentos para desembocar en una traslación de la idea de Modernidad hacia un concepto más dinámico, libre y sin ataduras conceptuales: el posmodernismo.²¹

Ante tal encrucijada, la crisis del sujeto es resuelta, en buena medida, por los autores que he analizado, aunque desde vertientes distintas. Por un lado, Habermas da un giro a la noción del individuo y propone una forma intersubjetiva, constituida pluralmente, como base de la transformación de la sociedad moderna sumida en lo que él denomina *capitalismo tardío*; dicha construcción es la *acción comunicativa*, a la que me he referido sucintamente. En otro andarivel hallamos a Luhmann, quien a partir de la teoría sistémica cree que los procesos de dinámica y progreso social tienen más relación con el conjunto de comunicaciones que dan lugar a los subsistemas y al entorno que con la actividad generada por los subsistemas síquicos. Así, la salida luhmaniana opta por un relativo desplazamiento del sujeto, aunque sin dejar de considerar su nivel de injerencia en el desarrollo de las distintas estructuras autopoieticas.²²

20. Sobre la diferencia se puede acudir a la vasta obra de autores como Pierre Bourdieu y Jean Francois Lyotard, en las que se efectúa una réplica a la noción de uniformidad del racionalismo moderno.

21. Sobre la posición de Niklas Luhmann existe un debate en torno a establecer su alineamiento alrededor de las principales corrientes teóricas y fundamentalmente en torno a concebir o no su afianzamiento con la vertiente posmoderna. Existen comentaristas de la teoría de los sistemas luhmaniana que esbozan ciertas características que darían a denotar un cierto matiz posmoderno a esta concepción a partir de la descentración del individuo respecto a la interacción social que propicia el surgimiento de la sociedad organizada. Al respecto existe un trabajo que enfoca la problemática citada en Fernando Vallespín, edit., *Historia de la teoría política*, tomo VI, Madrid, Alianza, 1995.

22. La crítica a Luhmann se ha dirigido, en buena medida, a tachar a su teoría como deshumanizada y apartada de la concepción trascendental del hombre en el contexto social. Sin embargo, creo que el hecho de considerar una nueva estructuración de los sistemas, en la que el subsistema del ser humano es parte del entorno y no goza de la absoluta centralidad antes expuesta por la modernidad no denota tampoco que se haya "subutilizado" la actividad humana en el progreso y mantenimiento del orden social.

DERECHO Y POLÍTICA: UNA SIMBIOSIS NECESARIA

Explotar la riqueza de la teoría luhmaniana, recurrir a su propuesta como mecanismo de comprensión del continuo estado de crisis institucional en el que se debate nuestro país; y, a partir de allí, definir las causalidades de por qué existe una poco democrática conducta en nuestra sociedad, sería ya un gran avance en la búsqueda de interdisciplinarizar el análisis y discusión académica. Sin embargo, este desafío será difícil de llevar a la práctica mientras se mantenga la “clausura operativa” entre abogados, sociólogos, politólogos y demás pensadores sociales.

La perspectiva teórica aquí presentada da cuenta de lo imprescindible de amalgamar distintas esferas del saber si tenemos pretensiones de validez y generalidad en los resultados por alcanzar. Luego, el hallar las formas de vinculación entre las disciplinas no es más que un ejercicio de reconocimiento de la mutua dependencia existente y de la necesidad de generar mayor “resonancia” entre los diversos espacios de pensamiento y reflexión.

BIBLIOGRAFÍA

- Easton, David, *Esquema para el análisis político*, Buenos Aires, Amorrortu, 1999.
- García Amado, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- García Ruiz, Pablo, *Poder y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- González, Luis Armando, “Teoría crítica versus Teoría de los sistemas: la confrontación Luhmann-Habermas”, México D.F., 1992, inédito.
- Habermas, Jürgen, “La ciencia y la tecnología como ideología”, en varios autores, *Estudios de la sociología de la ciencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1972.
- *Crisis de legitimidad en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu, 1980.
- *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1989.
- *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990.
- “Discusión con Niklas Luhmann (1971): ¿Teoría sistémica de la sociedad o Teoría crítica de la sociedad?”, en Jürgen Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990.
- *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- Izuzquiza, I., *La sociedad sin hombres, Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990.

- Luhmann, Niklas, *El amor como pasión*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Buenos Aires, Paidós, 1990.
 - *La ciencia de la sociedad*, México, Anthropos, 1990.
 - *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza / Universidad Iberoamericana, 1991.
 - *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, Madrid, Trotta, 1998.
 - *La sociología del riesgo*, México, Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 1998.
 - *El derecho de la sociedad*, texto traducido del alemán “Das Recht der Gesellschaft”, Frankfurt, Suhrkamp, 1998. Sin autorización para su edición.
- Luhmann, Niklas, y Raffaele de Georgi, *Teoría de la sociedad*, México, Universidad de Guadalajara / Universidad Iberoamericana / Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.
- Olson, Mancur, *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México, Grupo Noriega, 1992.
- Parsons, Talcott, *La estructura de la acción social*, tomo I, Madrid, Guadarrama, 1968.
- Rabotnikof, Nora, “De la política según Luhmann”, en Antonio Camou y José Esteban Castro, coords., *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México D.F., Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Flacso, 1997.
- Rusconi, G.E., “Discurso y decisión. El intento de Habermas de fundar una racionalidad política”, en G.E. Rusconi, *Problemas actuales de teoría política*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 1985.
- Tomassini, Luciano, *La política internacional en un mundo postmoderno*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1985.
- Vallespín, Fernando, edit., *Historia de la teoría política*, tomo VI, Madrid, Alianza, 1995.
- Wright Mills, C., *La imaginación sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- Zolo, Danilo, “El léxico de Luhmann”, en *La sociedad compleja: ensayos en torno a la obra de Niklas Luhmann*, México, Triana / Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México, 1997.

Legislación ecuatoriana y biotecnología

Catalina Peña Guillén*

En este trabajo se da una visión general sobre el estado de la legislación mundial en relación a la biotecnología y a la bioética, así como la situación legal de los países de la Comunidad Andina frente al tema. La prioridad es realizar un esbozo de la legislación ecuatoriana sobre biotecnología, teniendo en cuenta dos aspectos: por un lado, la biotecnología relacionada a la biodiversidad, y por otro lado, la biotecnología humana. Se hace un especial análisis de los principios y normas constitucionales y de otras disposiciones legales.

FORO

INTRODUCCIÓN

Aquel calificativo de países en desarrollo, producido precisamente por las profundas reflexiones a las que se ha visto avocada la comunidad internacional sobre problemas medioambientales, no obsta para que sea distante a estos países una realidad existente e imparable, como es el desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos, con sus consecuencias benéficas y perjudiciales para el ser humano y el medio ambiente.

Dentro del Ecuador, uno de los laboratorios vivos más grandes del mundo que dispone el científico para sus investigaciones son las Islas Galápagos, que nos recuerdan que, pese a problemas políticos, jurídicos y económicos, estamos frente a la naturaleza que expresa todo su esplendor. En esta riqueza natural que disponemos, y en junta con los demás países de la Comunidad Andina (CAN), se encuentra el 25% de la biodiversidad del planeta. Sin embargo, conjuntamente con esta situación, se tiene la responsabilidad de cuidar el medio ambiente, establecida en la Constitución de la República, en su art. 97, num. 16 y 17.

Los avances científicos y tecnológicos han conllevado a que la comunidad internacional inicie un proceso de creación de tratados internacionales, complementados

* Estudiante del Diploma de Estudios Avanzados (DEA), dentro del Doctorado en Derecho Penal, Universitat de Barcelona.

por las legislaciones de los estados, con miras a preservar algo sacro como es la naturaleza y la diversidad de las especies. Ante este hecho, no es de extrañar que los ordenamientos jurídicos mundiales se hayan acoplado paulatinamente para precautelar bienes preciados para la comunidad y el ser humano. Sin lugar a dudas, los ordenamientos jurídicos deben ir al compás de los cambios que se dan en la sociedad, para conseguir su eficacia como sistema, y, precisamente, dentro de estos cambios se tiene a los avances tecnológicos.¹ Ante ello, aunque muchos de los temas suenan todavía a ciencia-ficción, se debe ir reflexionando sobre las repercusiones de éstos y cómo deberían ser abordados por el Derecho.

No es de extrañar que los frutos de la ciencia y la tecnología están ocasionando problemas dogmáticos en el seno del Derecho; es así que los novísimos problemas, al parecer, afectan bienes jurídicos tutelados de formas diferentes a las conocidas, o incluso se propone el nacimiento de nuevos bienes jurídicos; de allí que los ataques más fuertes a estos bienes, y bajo la competencia del Derecho penal, se han de mirar de manera político-criminal como verdaderamente posibles o no de afectar bienes jurídico-penales relevantes.

Frente a todos estos conocimientos científicos y tecnológicos que conforman la biotecnología se presenta la Bioética, que, con los recursos y limitaciones que al momento posee, procura concienciar sobre las consecuencias de estos avances. No es vano recordar los abusos de la ciencia, producidos en la Segunda Guerra Mundial: son memorias que advierten de los pasos dados en cuanto a la aplicación de los conocimientos científicos, por lo que éstos deben ser reflexionados y tasados correctamente.

Aparte de la legislación internacional, que ya ha tomado las primeras medidas sobre la mayoría de consecuencias derivadas de la aplicación de la biotecnología, es de interés realizar un análisis de la legislación andina y primordialmente ecuatoriana, no con el ánimo de precipitar el nacimiento de leyes, que pueden proceder de la ya conocida tendencia de adoptar legislaciones elaboradas, sino de comenzar una reflexión larga y profunda, sobre qué debemos legislar y cómo hacerlo, claro está, sin dejar de

1. En este sentido, Santiago Mir Puig, *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, 1998, p. 4: "El Derecho ha de responder a los problemas que va generando la evolución social. Puesto que ésta se halla fuertemente condicionada por el progreso tecnológico, las normas jurídicas también dependerán de dicho progreso"; Ferrando Mantovani, "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela", en *Revista de derecho y genoma humano*, No. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, p. 95, considera que: "aceptando que, estos problemas vitales, tarea del jurista es no solo 'racionalizar el presente', sino también 'programar el futuro', puesto que el acelerado progreso de la Biomedicina tiende cada vez más a transformar lo futurible en futuro, y el futuro en presente, el análisis debe encaminarse hacia los posibles y hacia los riesgos presentes, futuros y futuribles de las manipulaciones genéticas".

lado los errores de las legislaciones de otros países. En concordancia con el deber constitucional de responsabilidad se impediría hacer de éste el laboratorio más grande del mundo, un laboratorio o centro de experimentos clandestinos,² al no tener una legislación prohibitiva sobre ciertos temas.

AVANCES CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS: LA SOCIEDAD DE RIESGO ACTUAL

Los momentos actuales se ven inquietados por los resultados del desarrollo tecnológico, científico, industrial, económico, es decir, todo el desarrollo que ha adquirido la humanidad por estos factores han ocasionado la formación teórica del concepto de sociedad de riesgo, elaborado por el sociólogo alemán Ulrich Beck (*Risikogesellschaft*).³ Para este autor, el desarrollo de la civilización en aspectos técnicos, y la injerencia de éstos en la sociedad y su organización como tal, ha ocasionado también el desarrollo de un modelo teórico-social global dentro de la organización social, precisamente teniendo como punto de partida este concepto.

Surgen en la sociedad actual sentimientos encontrados en relación a los avances científicos y tecnológicos, que por un lado se ha de tener a la esperanza en los nuevos descubrimientos como mecanismos idóneos para conseguir una mejor calidad de vida, y, por otra parte, estos progresos no dejan de ocasionar en la sociedad un temor hacia lo desconocido, fundado, principalmente, por las consecuencias poco conocidas que se derivan de estos avances, teniéndose en cuenta que algunos aspectos producidos por estos avances no son conocidos y controlables aún. El temor trae sus consecuencias:⁴ un sentimiento social de inseguridad; la presencia de sujetos pasivos en la sociedad, en cuanto a un sujeto paciente de los efectos nocivos del desarrollo; la sociedad se identifica más con la víctima del delito; se da un descrédito de otras instancias de protección, como la ética social, el Derecho civil y administrativo, entre otras. Esta circunstancia también tiene su repercusión en el Derecho penal, pues existe desde hace algún tiempo el concepto de Derecho penal del riesgo, donde hacen su debut bienes jurídico-penales supraindividuales, y el consiguiente adelantamiento de las barreras de protección, reflejado palpablemente en los delitos contra el

-
2. En este sentido, ya se ha venido advirtiendo en Catalina Peña, "La clonación de seres humanos y el derecho civil ecuatoriano", tesis de grado, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2000, p. 143.
 3. En *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in andere Moderne*, Frankfurt, Edition Suhrkamp, 1986, citado por Félix Herzog, "Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales", en *Revista del Poder Judicial*, No. 32, Madrid, 1993, p. 80.
 4. Jesús-María Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, 2a. ed., pp. 28 y ss.

medio ambiente y los delitos relativos a la manipulación genética. Cabe resaltar que todo un debate dogmático penal se ha puesto en marcha también como consecuencia de lo mencionado, tomando en cuenta los nuevos riesgos.

CONSIDERACIONES SOBRE BIOTECNOLOGÍA E INGENIERÍA GENÉTICA

Se entiende por biotecnología la aplicación de la biología con fines humanos. La biotecnología se divide en: “biotecnología tradicional”, que usa microorganismos para la producción de alimentos y bebidas, y “biotecnología moderna”, que usa nuevas disciplinas relacionada a los cultivos, transferencia de embriones e ingeniería genética.⁵ De manera más general se define a la biotecnología como: “tecnología que emplea la potencialidad de los seres vivos y su eventual modificación selectiva y programada para la obtención de bienes y servicios”.⁶

Por lo anterior se desprende que la biotecnología, dentro de su variedad de técnicas, contiene a la ingeniería genética, y es precisamente esta técnica la que ha generado en los momentos actuales una gran polémica, con criterios distanciados, por su trabajo directo con el ADN recombinante. Se suelen confundir comúnmente estos términos y usarlos como sinónimos. Concretamente, la ingeniería genética es la rama de mayor incidencia y preocupación dentro de la biotecnología; nace en la década de 1970, y es el conjunto de técnicas que permiten la manipulación de genes sobre la base de dos técnicas: la tecnología del ADN recombinante y la reacción en cadena de la polimerasa (PCR). El desarrollo de la ingeniería genética tiene sus raíces en el descubrimiento de las leyes de Mendel, como también en el gran descubrimiento de la doble hélice del ADN, realizada por los premios Nobel Watson y Crick, en 1953.⁷

La biotecnología, a más de la ingeniería genética, tiene influencia en múltiples sectores, así, en el sector farmacéutico, su principal entrada es el empleo de antibióticos y otros productos obtenidos a base de microorganismos; en el sector sanitario, su radio de actuación es cada vez más amplio, pues contiene lo concerniente a transplantes de órganos, la creación de órganos compatibles mediante manipulación gené-

5. *The Concise Encyclopedia of the Ethics of New Technologies*, edit. Ruth Chadwich, Londres, Academic Press, 2001, p. 13.

6. Emilio Muñoz, *Ingeniería genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas*, Documento de trabajo 95-01, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas / Instituto de Estudios Sociales Avanzados, IESA, 1995, p. 2.

7. Marta Izquierdo Rojo, *Ingeniería genética y transferencia génica*, Madrid, Pirámide, 2001, pp. 103 y ss.; Lluís Cardona, *Genética: de Darwin al genoma humano*, Barcelona, Océano, 2001, pp. 101 y ss.

tica, la producción de biomateriales y el desarrollo de nuevos órganos a partir de fragmentos; también abarca la terapia génica, unida a ella la prevención de enfermedades genéticas y la identificación de los genes responsables de ciertas enfermedades hereditarias. En el sector ganadero, se refiere a dos aspectos: sobre la salud del animal, en cuanto a la cura de enfermedades del animal, obtención de vacunas a través de la tecnología del ADN recombinante, la producción de nuevos antibióticos a base de la modificación genética de microorganismos; y en cuanto a la producción, las técnicas se dirigen al aumento del rendimiento del animal, como la obtención de leche por manipulación genética, la hormona bovina de crecimiento que aumentaría la producción de leche, la nutrición del animal a través del empleo de vitaminas, enzimas y aminoácidos obtenidos por la tecnología del ADN recombinante; en el sector de la acuicultura se ve en el control del ciclo de producción de las especies en cultivo y de su madurez sexual, con el fin de no alterar la calidad de la carne, la transgénesis o la introducción de ADN clonado en huevos fertilizados y, por último, el diagnóstico y control de enfermedades mediante el empleo de sondas de ADN o el empleo de anticuerpos monoclonales; en el sector agroalimentario, incorporación en los cultivos de rasgos deseados, por ingeniería genética, así se han obtenido cultivos resistentes a herbicidas, enfermedades, plagas, incluso resistentes a las variaciones climáticas, lo que se conoce como organismos genéticamente modificados; en el sector de medio ambiente, algunas aplicaciones son la biorremediación u otras soluciones a la contaminación de suelos y del aire; en el sector armamentista, con la creación de armas biológicas, y en el sector de reproducción humana, con la manipulación de embriones, gametos, así se tiene a la reproducción asistida y la clonación.⁸

Se entiende que dentro de la reproducción humana, donde operan técnicas de reproducción asistida y clonación, no se da el uso de la ingeniería genética como elemento fundamental, pero sí es factible que se unan las técnicas de ingeniería genética con las propias de reproducción asistida y clonación.

8. Emilio Muñoz, *Una visión de la biotecnología. Principios, políticas y problemas*, Madrid, Fondo de Investigación Sanitaria, 1994, pp. 17-18; Lluís Cardona, *Genética: de Darwin al genoma humano*, p. 101; Amelia Martín Uranga, *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Bilbao-Granada, Comares, 2003, pp. 17 y ss.; Carlos María Romeo Casabona, "El Derecho médico: su evolución en España", en *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, p. 87.

LA BIOÉTICA

Definición, principios, campos de aplicación y marco legal

Es principalmente por los descubrimientos genéticos, sobre todo con lo referente al ADN y su estructura de doble hélice, que ha surgido una nueva ciencia, la bioética, encargada, como parte de la ética, de realizar las valoraciones éticas y morales sobre las implicaciones de la medicina.⁹ El origen del término es atribuido a Rensselaer Potter, pero Hellegger introduce la concepción de la bioética como puente entre la medicina, filología y ética, por lo que se habla de un doble nacimiento de la Bioética.¹⁰ En la actualidad, por las repercusiones jurídicas de los avances tecnológicos y genéticos, se puede entender que la bioética no viene a construir puentes únicamente entre las ciencias mencionadas sino, también, incluye al derecho como ente regulador de las valoraciones que proceden de la bioética.

Dentro de los momentos históricos y casos polémicos que ha enfrentado la bioética, y que han contribuido en su evolución, se tiene a la aprobación del informe Belmont sobre los lineamientos de la investigación científica en seres humanos, y casos como el de Karen A Quinlan y el de Baby Doe que sentaron precedente y ocasionaron, a su vez, la presencia de comités asistenciales de ética y la enseñanza de bioética en las escuelas de medicina; posteriormente, se tiene como acontecimiento importante la Declaración de los Derechos Fundamentales de los Enfermos, en 1972.

Los principios fundamentales de la bioética¹¹ se inspiran en el juramento de Hipócrates y en la medicina clásica; así se cuenta con el principio de no-maleficencia, el principio de beneficencia, el principio de autonomía, el principio de justicia. La jerarquización de estos principios ha ocasionado posiciones contrarias, considerándose como parámetro más aceptado –que personalmente adopto– el análisis de cada caso en concreto.

9. Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, 1992, 21a. ed., p. 206, Bioética viene: “de bio y ética, y es una disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la Medicina y la Biología en general, así como la relaciones del hombre con los restantes seres vivos”.

10. Javier Gafo, “Historia de una nueva disciplina: la Bioética”, en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 87 y ss.

11. María Castellano Arroyo, “La deontología médica: teoría y práctica”, en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 34 y ss.; Javier Gafo, “Historia de una nueva disciplina: la Bioética”, en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 98 y ss.; Francesca Puigpelat Martí, “Bioética y valores constitucionales”, en María Casado, edit., *Bioética, derecho y sociedad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 50 y ss.; Atienza Manuel, “Juridificar la Bioética”, en Rodolfo Vázquez, comp., *Bioética y derecho: fundamentos y problemas actuales*, México, Instituto Tecnológico y Autónomo de México / Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 82 y ss.

De la bioética¹² se ha indicado que es pluridisciplinar, plural y laica. Y su primordial importancia consiste en ser, en la actualidad, parte de la ética que se enfrenta a los problemas relacionados con la aplicación de la medicina, lo que viene a conocerse como problemas bioéticos; cabe señalar, que la ética se ha enfrentado en los diferentes tiempos a diversos conflictos, ahora, son los problemas bioéticos que quedan a cargo de la bioética.

La Bioética abarca un sinnúmero de problemas éticos:¹³ así, plantea problemas filosóficos, aborda los principios aplicables y el modo de jerarquizarlos, los problemas provenientes de la aplicación de los avances científicos en el campo de la medicina y en los hospitales, temas relacionados a la ética médica, temas científicos y/o políticos, la aplicación de patentes, el alcance de la utilización de la huella génica en seguros y en el campo laboral, la dirección de las investigaciones genéticas, el análisis genético, el diagnóstico prenatal, clonación, eutanasia, genoma humano, reproducción asistida, la investigación y experimentación científicas, etc. Por su carácter pluridisciplinar, la bioética se encuentra relacionada con la sociología, antropología, ciencias biomédicas, ética y el derecho.¹⁴

El fundamento de la bioética, y a la vez su marco jurídico, radica en el respeto a los derechos humanos,¹⁵ como mínimo aceptado en la mayoría de países, si bien la Declaración de los Derechos Humanos no ha sido ratificada por todos los países del planeta; para solventar este problema se estaría ante el derecho internacional consuetudinario.¹⁶ Además de lo anotado, la bioética cuenta como marco legal con el Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología. Este convenio fue firmado en Ovie-

12. María Casado, "La Bioética ante las nuevas tecnologías genéticas", en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999, p. 16.

13. María Casado, "Nuevo derecho para la nueva genética", en María Casado, edit., *Bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 40 y ss.; la misma autora en "La Bioética ante las nuevas tecnologías genéticas", en *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, pp. 63 y ss.

14. Graciela Sarrille, "Bioética y valores morales", en Casado María, edit., *Materiales de bioética y derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 63 y ss.; Ma. Jesús Buxó i Rey, "Bioética y antropología", en *Materiales de bioética y derecho*, pp. 51 y ss.; Carlos María Romeo Casabona, "Derecho médico: su evolución en España", en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 2 y ss.; Albin Esser, *Derecho penal, medicina y genética*, Lima, Idemsa, 1998, pp. 227 y ss.; María Castellano Arroyo, "La deontología médica: teoría y práctica", en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 29 y ss.; Víctor Méndez Baiges, "Las nuevas tecnologías genéticas y la ética", en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, p. 163.

15. María Casado, "Los derechos humanos como marco para el bioderecho y la bioética", en *Derecho biomédico y bioética*, pp. 113 y ss.

16. Puigpelat Martí Francesca, "Bioética y valores constitucionales", en *Bioética, derecho y sociedad*, p. 38.

do en 1997, y fue un paso importante en la regularización de los problemas bioéticos. Existen también otros cuerpos legales que tratan los temas conflictivos.¹⁷

La Bioética ante las repercusiones sociales, éticas y jurídicas de la Biotecnología

Los avances científicos de las nuevas tecnologías han ocasionado repercusiones sociales, éticas y jurídicas, y con ello se van delimitando los conflictos que ha de resolver la bioética.¹⁸

Entre las repercusiones sociales sobre todo se destaca que los descubrimientos y avances científicos generan una ambigüedad de sentimientos, como el temor y la esperanza, ya mencionados. También la biotecnología trae consigo un impacto en la economía, y, al parecer de algunos autores,¹⁹ se daría una mayor brecha entre los países del tercer mundo y los países desarrollados, hablándose inclusive de un nuevo colonialismo tecnológico; de hecho, esta realidad es palpable ya con otras tecnologías, y, por lógica, es indudable que lo mismo ocurrirá con la biotecnología. Junto a esto se destaca la importancia de la biotecnología en los planteamientos sobre el medio ambiente, en cuanto a la correcta utilización de los recursos biológicos y de las implicaciones mismas de la genética en el medio ambiente.²⁰ Frente a todo ello, la bioética tiene como papel dentro de la sociedad de riesgo actual²¹ ejercer su labor, por un lado como calmante social, ante el sentimiento de temor que generan los riesgos de la biotecnología, y, por otro, preparar el debate social para la toma conjunta de decisiones de tal importancia como las concernientes a estos temas, con el fin de que el Derecho considere su regulación y mediante qué vía jurídica hacerlo. Por último, es de vital importancia la influencia de los medios de comunicación,²² que en todo caso deberían actuar como informantes imparciales en la formación del criterio social y no con un simple interés alarmante para aumentar su audiencia.

17. Pablo Álvarez, "La bioética hoy, el debate más abierto", en *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2000, p. 17; Miguel Osset Hernández, *Ingeniería genética y derechos humanos. Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Barcelona, Icaria, 2000, pp. 28 y ss.

18. Catalina Peña, "Genética: avances científicos, repercusiones, éticas, sociales y jurídicas", trabajo de investigación, Doctorado de Derecho Penal, Universidad de Barcelona, 2003, pp. 71 y ss., y 207 y ss.

19. Emilio Muñoz, *Una visión de la biotecnología. Principios, políticas y problemas*, Madrid, Fondo de Investigación Sanitaria, 1994, p. 69; Ho Mae-Wan, *Ingeniería genética. ¿Sueño o pesadilla?*, Barcelona, Gedisa, 2001, 1a. ed., pp. 21 y ss.

20. María Casado, "La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas", en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, p. 17.

21. Blanca Mendoza Buergo, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 23 y ss.

22. Francesca Puigpelat Martí, "¿Hay que poner límites a la investigación genética?", en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, pp. 171 y ss.

Entre las repercusiones éticas existen diferentes posiciones en torno a la forma de enfrentar los retos provenientes de las nuevas tecnologías, pues se habla de diferentes tipos de “éticas”; así, una ética responsable, una ética civil, etc.²³ Dentro de los avances genéticos de biología molecular y de las respectivas técnicas biotecnológicas, se está encaminando la solución a los planteamientos de la Bioética, si bien es necesaria la presencia de una ética especializada como la mencionada; tomando en cuenta que es una ciencia en formación se debe dar un tiempo prudencial para ver los frutos de la labor de la bioética; este trabajo, por otra parte, no puede ser realizado por esta naciente ciencia de forma solitaria: debe ser apoyada por organismos estatales y/o por instituciones de derechos humanos, con el fin de aprobar el debate que se viene sosteniendo, y que no se estanque en meras ideas o que se realice de forma parcial. La actuación ética de todos los ciudadanos o actores que se vean inmersos en el proceso citado debe ir apegada, primordialmente, al respeto de los derechos humanos, que deben ser aplicados paralelamente a los principios de la Bioética, por su íntima relación con los derechos humanos, e incluir la responsabilidad informada, que vendría a ser una suerte de toma de decisiones con base científica y sobre casos concretos. Solo así se puede actuar responsablemente en la valoración de costes/beneficios, bajo el principio de proporcionalidad.

Entre las repercusiones jurídicas nuevamente se hace hincapié en los problemas que originan la falta de unicidad en la utilización de los términos,²⁴ lo que dificulta la labor de los eticistas y juristas. Se ha considerado que, frente a la biotecnología, el Derecho tiene dos caminos a seguir: por un lado, afrontar con base a las disposiciones jurídicas ya existentes, y, por otra parte, crear nuevas regulaciones. Para la creación de nuevas regulaciones, es importante realizar un análisis de los bienes jurídicos que se quieren proteger frente a la manipulación genética, y determinar qué debe prohibirse, y qué ramas jurídicas deben aplicarse. En el caso del Derecho penal, se considera que deberá actuar como último freno,²⁵ sin embargo, ante los sentimientos de temor originados por la Biotecnología, se ha visto el Derecho penal obligado a actuar de una manera precipitada y sin las consideraciones propias del debate social que propone la bioética, situación que hasta cierto sentido es justificable, caso contrario, en la actualidad, se estaría actuando sin límite alguno dentro de la aplicación de los conocimientos científicos generados por la genética.

23. Víctor Baigos, “Las nuevas tecnologías genéticas y la ética”, en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, p. 147.

24. Javier González García, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Madrid, Instituto de Criminología de Madrid / Edersa, 2001, pp. 23-24.

25. Jaime Peris Riera, “Las repercusiones jurídico-penales de las nuevas tecnologías genéticas. Aproximación general”, en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, pp. 133 y ss.

El papel de la bioética, en resumen, es preparar las valoraciones que sirvan al Derecho para regular las nuevas situaciones originadas por la biotecnología.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE BIOTECNOLOGÍA

En este apartado se hará una mención general sobre el estado de la legislación internacional y de la Comunidad Andina (CAN), sobre tratados internacionales, declaraciones, acuerdos y legislaciones nacionales.

NORMATIVA INTERNACIONAL²⁶

Documentos y declaraciones

- Código de Núremberg de 1946.
- Informe Belmont de 30 de septiembre de 1978.
- Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial.

Normativa general

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950).
- Declaración sobre la protección de la maternidad (1952).
- Carta de la Naciones Unidas (1995).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1963).
- Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (1972).
- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (1976).

26. María Casado, *Las leyes de la bioética*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 11-23; Bioética. Org, versión electrónica de Cuadernos de Bioética, http://www.bioetica.org/tratados_internacionales.htm

- Convención sobre el Comercio Internacional de especies (1979).
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1987).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. (1989).
- Convención sobre la Diversidad Biológica (1992).
- Declaración de Roma sobre Seguridad Alimentaria (1996).
- Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos (1997).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biotecnología y la Medicina (1997).
- Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos (1997).
- Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre Diversidad Biológica (2000).
- Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la agricultura (2001).
- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003).

Normativa europea

- Carta Social Europea (1961)
- Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, Convenio de Asturias, Consejo de Europa, Oviedo. (1997).
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).
- Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.
- Directiva 2000/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.
- Directiva 2001/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación internacional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.
- Directiva 2001/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias, ad-

ministrativas de los estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano.

- Directiva 2001/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano.
- Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Directiva 2000/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana sus componentes.

Normativa americana

- Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (1969).
- Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988).
- Declaración de Santa Cruz de la Sierra y Plan de Acción para el Desarrollo Sostenible de las Américas (1996).
- Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (OEA).
- Declaración ibero-latinoamericana sobre Derecho, Bioética y Genoma Humano, Manzanillo 1996, revisada en Buenos Aires (1998) y en Santiago (2001).

NORMATIVA ANDINA SOBRE BIOTECNOLOGÍA

Dentro de la normativa andina sobre biotecnología, obligatoria para los países que conforma la Comunidad Andina (CAN) bajo el Acuerdo de Cartagena (Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia), se verá la legislación común que se tiene sobre la biotecnología en relación a la conservación de la biodiversidad y temas afines, como también la normativa común sobre biotecnología aplicada al ser humano. Así, entre las principales disposiciones, se tiene:

Sobre Biotecnología relacionada a la biodiversidad

- Decisión 344, Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 21 de octubre de 1993, que regula el otorgamiento de patentes para las invenciones de productos o procedimientos en los campos de la tecnología. Sustituye a su vez a la Decisión 313, sobre el mismo tema.
- Decisión 345, Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 21 de octubre de 1993, sobre el Régimen común de protección a los derechos de los obtentores de variedades vegetales.
- Decisión 486, Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 14 de septiembre de 2000, Del Patrimonio Biológico y Genético y de los conocimientos tradicionales. Sustituye a su vez a la Decisión 344, sobre patentes.
- Decisión 532, Comisión del Acuerdo de Cartagena, del 7 de junio de 2002, sobre Estrategia de Biodiversidad para los Países del Trópico Andino, aquí se conforman estrategias generales con el fin de proteger la diversidad biológica de los países del CAN, poseedores del 25% de la diversidad biológica del planeta.

Sobre Biotecnología relacionada al ser humano

Sobre biotecnología humana no se ha realizado ningún acuerdo común entre las naciones del CAN, siendo pertinente únicamente el Pacto de San José de Costa Rica, con ámbito para todo el continente americano. Concretamente el art. 4 del Pacto referido protege al ser humano desde el momento de la concepción.

Las legislaciones de los países del CAN sobre el tema son diversas, se puede apreciar que algunos están protegiendo las manipulaciones sobre embriones por diferentes vías del derecho.

En este sentido, Colombia contiene, en su Código penal, delitos de manipulación genética, en los arts. 132 y 134, en los que se prohíbe la manipulación de genes con el fin de alterar su biotipo, sin fines terapéuticos; también se prohíbe la producción de seres humanos, por clonación o por otros medios; está también prohibido penalmente la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a los terapéuticos y de investigación; finalmente, prohíbe penalmente el tráfico de gametos, cigotos o embriones humanos. Todos estos delitos contemplan penas de prisión no mayores a 6 años. La legislación colombiana carece de una ley sobre reproducción asistida, y en la codificación de los delitos de manipulación genética se ve una clara influencia de la legislación española sobre el tema, habiendo incluso superado ciertas dificultades que presenta la legislación española, en cuanto a la redacción de los tipos penales.

La legislación venezolana no contempla delitos de manipulación genética en su Código penal, careciendo también de una ley específica sobre reproducción asistida.

La legislación boliviana presenta las mismas características que la venezolana.

Y, finalmente, la legislación del Perú incorpora recientemente en su Código penal un capítulo referido a los delitos de manipulación genética, en el art. 324, la tipificación realizada se presenta de una manera muy general, obviando temas importantes. Sobre reproducción asistida, Perú tiene la Ley General de Salud, cuyo art. 7 regula el tema, y el art. 28 restringe la investigación científica a las decisiones tomadas en la Declaración de Helsinki.

La Declaración ibero-americana sobre Derecho, bioética y genoma humano no ha sido adoptada por los países miembros de la CAN, como comunidad, al margen de haber sido ratificada independientemente por cada país.

A nivel de Latinoamérica las constituciones políticas presentan muchas similitudes sobre principios que vendrían a regular la bioética; estos principios se refieren a la dignidad e inviolabilidad de la persona a través del respecto irrestricto de los derechos humanos, la no comercialización del cuerpo humano (material genético), la no discriminación, la confidencialidad, el consentimiento informado, la conservación y aprovechamiento sustentable de la diversidad biológica, la libre investigación de la paternidad y maternidad genética, y la libertad de investigación científica dentro de un marco de valoraciones éticas.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Al abordar la legislación ecuatoriana en relación a la biotecnología se tendrá en cuenta la conservación de la biodiversidad y la biotecnología humana; antes de ello, se verá muy someramente principios y normas que sobre biotecnología contiene la Constitución de la República, y los tratados internacionales ratificados por el Ecuador y leyes nacionales sobre el tema.

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE BIOTECNOLOGÍA
Y BIOÉTICA, TRATADOS INTERNACIONALES
RATIFICADOS POR EL ECUADOR Y LEYES NACIONALES

**Principios y disposiciones constitucionales
sobre Biotecnología y Bioética**

- Principio de protección de los derechos humanos, como el más alto deber del Estado (art. 16), a continuación en los arts. 17 y 18 se tiene el ejercicio de los habitantes en cuanto a la protección de los derechos humanos, y la posibilidad de acudir ante cualquier autoridad para que sean respetados.
- Principio de respeto a la integridad persona, la no aplicación y utilización indebida de material genético humano (art. 23, num. 2)
- Derecho a vivir en un ambiente sano, la Ley protegerá el medio ambiente (art. 23, numeral 6).
- La prohibición del empleo de información de terceros sobre datos referentes a la salud (art. 23, num. 21)
- Derecho a la identidad (art. 23, num. 24).
- El Estado garantizará el derecho a la salud, su promoción y protección (art. 42).
- El Estado formulará la política nacional de salud e impulsará el avance científico-tecnológico en el área de salud, con sujeción a los principios bioéticos (art. 44).
- El Sistema Nacional de Salud estará conformado por entidades públicas, autónomas, privadas y comunitarias del sector (art. 45).
- El fomento, por parte del Estado, de la ciencia y tecnología para mejorar la productividad, la competitividad y el manejo sustentable de los recursos naturales, y la satisfacción de las necesidades básicas de la población. También se da libertad en las actividades científicas y tecnológicas como la protección de sus resultados, la investigación científica y tecnológicas en coordinación con entidades que disponga la ley (art. 80).
- El derecho de los pueblos indígenas y afroecuatorianos de conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural (art. 84).
- La preservación del medio ambiente y la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país. El sistema nacional de áreas naturales protegidas garantiza la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los servicios biológicos (art. 86, inciso tercero y quinto).
- Prohibición de fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (art. 90).

- Son deberes y responsabilidades de los ciudadanos ecuatorianos la preservación del medio ambiente sano, la utilización de los recursos naturales de modo sostenible, y la conservación del patrimonio cultural y natural del país (art. 97, inciso 16 y 17).

Tratados internacionales ratificados por el Ecuador, sobre biotecnología²⁷

- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EE.UU., 1979.
- Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EE.UU., 2000.
- Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992.
- Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Montreal, 2000.

Leyes nacionales

- Ley de gestión ambiental
- Ley forestal y de conservación de áreas nacionales y vida silvestre.
- Ley de prevención y control de contaminación ambiental.
- Ley especial para la conservación de la provincia de Galápagos.
- Normativas forestales y la vida silvestre.
- Ley especial para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad en el Ecuador (actualmente se encuentra en el H. Congreso Nacional para su aprobación).

27. Sitio web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, base de datos "Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General" (<http://untreaty.un.org/>).

- Texto Unificado de Legislación Secundaria del Ministerio de Ambiente.
- Código de Salud.
- Código de Ética Médica.
- Ley de Transplante de órganos y tejidos.
- Reglamento para la aplicación de la ley de Transplante de órganos y tejidos.
- Ley de Protección de la Biodiversidad en el Ecuador.
- Ley de Propiedad Intelectual.
- Ley de Defensa del Consumidor.
- Código de la Niñez y la Adolescencia.
- Código Penal.

BIOTECNOLOGÍA EN RELACIÓN A LA CONSERVACIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

Al analizar la legislación ecuatoriana sobre biotecnología, llama la atención el tratamiento prioritario que se ha dado a temas ambientales y de biodiversidad.

Como simple antecedente histórico, se tiene que los temas medioambientales, preocuparon a los estados desde fines del siglo XIX. El inicio del tratamiento de temas medioambientales se dio en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, de 1972, conocida como la Conferencia de Estocolmo; no antes de veinte años, la comunidad internacional volvió a convocarse para la Conferencia de Río de Janeiro, en 1992. En estas conferencias se inicia una real preocupación por la protección y conservación del medio ambiente, puesto en peligro por el actuar del hombre y la proliferación de industrias contaminantes. Aquí ya se comienza a hablar sobre la diferencia de los países industrializados y los países en desarrollo. Tras diferentes posturas, se ha terminado en sostener que la protección del medio ambiente siempre irá acompañada del desarrollo sostenible.

Para la protección del medio ambiente y la biodiversidad del planeta se tiene tanto el Convenio de Diversidad Biológica, celebrado en Río de Janeiro, en 1992, y el Protocolo Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología, de 2000, que, luego de un sinnúmero de negociaciones, entró en vigencia en 2003. Téngase en cuenta, también, el Protocolo de Kioto (Ecuador no es parte firmante) sobre el compromiso de eliminación de gases contaminantes, que entró en vigencia en enero de 2005.

Con este marco de tratados internacionales, y los principios y disposiciones constitucionales sobre el trato al medio ambiente y la conservación de la biodiversidad, como se dijo en pocas líneas atrás, es plausible la preocupación del Estado por cum-

plir el mandato constitucional de proteger el medio ambiente y la biodiversidad, tanto a nivel internacional como dentro de la CAN. En la legislación nacional es estudio un posible Marco Nacional de Seguridad de la Biotecnología (bioseguridad), proyecto iniciado en junio de 2003, con el apoyo de varios organismos internacionales y del Ministerio de Medio Ambiente.

Con interés se ha visto la unificación de la legislación sobre medio ambiente, con la respectiva publicación de un texto unificado de legislación secundaria del Ministerio de Ambiente, realizada el 31 de marzo de 2003, con el fin de facilitar el tratamiento del medio ambiente y de la biodiversidad.

Con respecto a la conservación de la biodiversidad se ha regulado lo concerniente a organismos vivos modificados genéticamente, en las disposiciones constantes en los cuerpos legales se da gran cobertura a todo lo atinente a los organismos modificados genéticamente, en cuanto a la regularización mediante normas de bioseguridad, la propagación, experimentación, uso, comercialización e importación de estos organismos, intentando tener un cauteloso cuidado, especialmente en relación a la liberación en el medio ambiente, a base de la evaluación de riesgos y en atención al principio de precaución. De allí que su aplicación cause dificultades aún, pero queda sentada la preocupación del Estado y de la población de preservar la biodiversidad y su incalculable riqueza.

En cuanto a la normativa penal, en el Ecuador se vienen tipificando los delitos contra el medio ambiente, arts. 437: A, B, C, D, por la infracción u omisión de normas relativas a la protección del medio ambiente. En el Protocolo de Cartagena (art. 27) se proponen las sanciones penales por los daños que afecten a la biodiversidad o salud de una población, dentro del marco del derecho penal internacional.

Principio de responsabilidad y principio de precaución

Existe en la Constitución del Ecuador, art. 97, la responsabilidad por parte del Estado y de los ciudadanos de preservar el medio ambiente sano y conservar el patrimonio natural del país, lo que podría advertirse en un claro principio de responsabilidad.

Sobre este principio el filósofo alemán Hans Jonas²⁸ sostenía que se ha dado cuenta del poder humano que ha desarrollado el hombre, pero no se ha reparado sobre las consecuencias de ese poder. Con el avance imparable de la ciencia y la tec-

28. Carlos María Romeo Casabona, *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Comares, 2002, pp. 33-34.

nología, y de la biotecnología, Jonas se refirió a una ética de la responsabilidad aplicada a las tecnologías, a base de la elaboración de Max Weber sobre la “ética de la responsabilidad”, quien, precisamente, trató de encontrar una ética política orientada a las consecuencias. Jonas, propone una regla fundamental, “in dubio pro-malo”, justamente para cuando medie la incertidumbre: acatar el peor pronóstico, antes que el mejor.

El principio de precaución tiene antecedentes en conferencias internacionales, por ejemplo en la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en su principio décimo quinto, como su trato amplio en el Protocolo de Cartagena surge propiamente para proteger la vida y el medio ambiente ante la incertidumbre de los avances científicos y tecnológicos, primordialmente en el campo de la biotecnología y el manejo del ADN animal, vegetal y humano.

Existe siempre un tipo de “riesgo permitido”, socialmente aceptable, que entraña algo conocido o que se puede prever, como el caso de las lesiones en prácticas deportivas. El problema surge cuando, en ocasión de la aparición de nuevas tecnologías como la biotecnología, sus consecuencias generalmente producen incertidumbre, lo que ocasiona la existencia de riesgos que, por la dificultad de calcular sus consecuencias, es mejor no permitirlos; es allí donde funciona el principio de precaución, pero dicha precaución no se puede aplicar ante cualquier tipo de riesgos. Para que el riesgo sea alto debe tener como características,²⁹ en primer lugar, un contexto de incertidumbre científica, y, en segundo lugar, la eventualidad de daños graves e irreversibles.

La reacción jurídica se ha dado en adelantar las medidas de protección para que el riesgo incierto, científicamente dañoso e irreversible, no se lleve a cabo; es así como se precautela el medio ambiente y la vida.

Problemas que puede plantear el principio de precaución

La legislación internacional, muy respetuosa del principio de precaución, funciona, sin lugar a dudas, mejor en los países con conocimientos científicos y tecnológicos, que permitan tener una mayor claridad sobre los posibles riesgos, su efecto dañino y su irreversibilidad en la biodiversidad. Es preocupante la ambigüedad que existe en el principio de precaución del propio Protocolo de Cartagena, que en su art. 10 contempla la posibilidad de que, aunque no exista una certeza científica, no está impedido importar un organismo modificado genéticamente, obviamente, siempre dando aviso al centro de intercambio de información sobre seguridad. En con-

29. *Ibidem*, p. 36.

cordancia con lo anterior, y en un documento emitido por el Departamento de Estado de EE.UU.,³⁰ que no forma parte del Convenio sobre biodiversidad ni del Protocolo pero que sí participó en las negociaciones, se señala que las disposiciones del Protocolo y la “cláusula de salvaguarda” indican que el ejercicio del principio de precaución por parte de un Estado miembro debe ir conforme a las obligaciones comerciales e internacionales adquiridas. Así se deja claro que el principio de precaución no se encuentra respetado en su esencia, que implica la no actuación ante una incertidumbre, pues debe existir certeza sobre los riesgos y sus consecuencias; por otra parte, y por intereses económicos, se lo condiciona a obligaciones comerciales e internacionales, dejando de lado el propósito primordial de la precaución de la biodiversidad.

Ante esta situación, se vuelve sobre el principio de responsabilidad, ante el cual todo ecuatoriano puede hacer respetar su derecho a vivir en un medio ambiente sano, si el Estado alguna vez por “obligaciones comerciales” se ampara en la falta de certeza científica y da luz verde a organismos modificados genéticamente que presenten algún riesgo de contaminar y perjudicar la biodiversidad del país, pudiéndose recurrir al recurso de amparo constitucional (art. 95 CPE). No se debe olvidar que el principio de responsabilidad atañe a todo ciudadano ecuatoriano, a más del Estado.

BIOTECNOLOGÍA EN RELACIÓN AL SER HUMANO

Es conocido que el Código de Salud vigente en el Ecuador data de 1971, careciendo de nuevas consideraciones en ocasión de avances científicos y tecnológicos, y de la biotecnología. Sin embargo, desde 2003 se encuentran pendientes reformas al Código de Salud, a cargo de la Comisión especializada de salud y medio ambiente del H. Congreso Nacional, con lo que se pretende realizar una reforma estructural de la salud con el fin de conseguir equidad en la cobertura, acceso a los servicios de salud, y la eficacia en la orientación y uso de los recursos financieros de origen público.

Así, se puede ver el vacío en la legislación nacional en materia de biotecnología, biodiversidad y biotecnología humana, pues la legislación nacional presenta serios vacíos sobre cuestiones referentes a reproducción asistida, fecundación de embriones con fines de investigación, clonación terapéutica y reproductiva, entre otras cosas.

30. Ver web: Embajada de Estados Unidos en Bogotá: <http://bogota.usembassy.gov/wwwscap1.shtml>, “Protocolo de Cartagena”, tomado de la publicación electrónica *Perspectivas Económicas*, “la biotecnología agrícola”, publicada por la Oficina de Programas de Información internacionales del Departamento de Estado de EE.UU., septiembre 2003.

Avances constitucionales en cuanto a la protección de la Biotecnología humana

Sobre el tema se ha comenzado a abordar en la reciente Constitución política, desde 1998, donde consta la prohibición de la aplicación indebida del material genético humano, el uso de información de terceros sobre datos referentes a la salud y la libertad en la investigación científica. Hasta ese momento el país era considerado como un posible laboratorio genético, para los nacionales de otros lados, que, por la no existencia de legislación, podían realizar cualquier tipo de prácticas en el país, sin sanción al respecto.

El Código de Ética Médica

El único cuerpo legal que trata la inseminación artificial y fecundación in vitro es el Código de ética médica, en los arts. 107 y 108, dejando la ingeniería y consejo genético dentro de la exclusiva competencia del especialista, después que se realice la investigación que justifique las conductas anteriores, tal como lo indica el art. 109 del mismo cuerpo legal.

El Código de la Niñez y Adolescencia

En el Código de la Niñez y Adolescencia, que entró en vigencia el 31 de enero de 2003, en algo cambia el panorama legal, pues es de real importancia el contenido de su art. 20, como derecho a la vida, dentro del Título III, relacionado a Derechos, garantías y deberes, Capítulo II, Derecho de supervivencia, que inicia con la disposición de que la vida se protege desde el momento de la concepción, y se prohíben los experimentos médicos y manipulaciones genéticas, desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento.

Al parecer, con esta disposición legal quedaría garantizada la correcta protección del material genético humano, tal como indica la Constitución de la República; así, se tiene una protección del embrión desde el momento de la concepción, en concordancia con el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 4, que supera el problema existente en las legislaciones europeas carentes de una disposición concreta al respecto, lo que ha originado una polémica y total desacuerdo sobre el momento desde el cual se debe proteger al ser humano. Al respecto, nuestra ley le otorga al nasciturus un derecho muy propio, como es el derecho de supervivencia desde su concepción, aspecto también muy polémico ética y jurídicamente y merecedor de un trato especial.

Tal como está la redacción del texto se está permitiendo la reproducción asistida, cuyas prácticas, que operan como medio de remediar la esterilidad, se dan sobre gametos: óvulos y espermatozoides para conseguir la fecundación del óvulo. El Código, como se ha podido apreciar, está prohibiendo todo tipo de experimento y manipulación a partir de la fecundación del óvulo. También se puede entender que se permiten manipulaciones genéticas germinales ya sea en espermatozoides u óvulos, que son transmitidos a la descendencia.

Sobre la libertad en la investigación científica, este artículo se presenta contrario a la propia Constitución, que en su art. 80 está sentando el principio de libertad de investigación científica con ciertos controles que disponga la ley.

Este viraje de la legislación, de la permisión completa a la prohibición total, terminan en un resultado muy parecido; en el primer caso la ausencia de sanciones y en el segundo, tras una prohibición de todo tipo de experimento y manipulación, y como violación a derechos de supervivencia, el Código presenta una ausencia de disposición sancionadora concreta en el caso de que se realicen experimentaciones y manipulaciones genéticas.

Sanciones imposibles de aplicar

1. El Proceso Contencioso, art. 271, refiere la aplicación a lo considerado en el Libro III, sobre el Sistema Nacional Descentralizado; en el art. 192, numeral 2, constan los organismos de protección de derechos; dentro de estos organismos se encuentran las juntas cantonales y otros organismos como la defensoría comunitaria y la policía especializada, pero, en el art. 206, se indica como facultad de las juntas: “de oficio, interponer medidas administrativas de protección, vigilar la medida, e interponer acciones ante el juez correspondiente”, solo ante el incumplimiento de sus decisiones y dentro de las medidas administrativas y judiciales, que señala el art. 215, no existe una medida propia para este caso, por lo que el proceso contencioso no se puede aplicar para sancionar la experimentación y manipulación de embriones.
2. Proceso Administrativo de Protección de Derechos, art. 235, se aplica en casos de medidas de protección, conocimiento e infracción de sanciones, e irregularidades cometidas por las instituciones de defensa del niño, niña y adolescente; tampoco se estipula dentro de las medidas de protección para el caso de experimentación médica y manipulación de embriones.
3. Acción Judicial de Protección, art. 264, sirve para la defensa de derechos colectivos y difusos, el derecho a la supervivencia y a la vida de cada embrión,

dista de ser un derecho colectivo y difuso, por lo que esta acción no se puede aplicar a la experimentación médica y manipulación de embriones.

Sanciones posibles de aplicar

1. Sanción general, art. 248, considera que cuando de cualquier forma se amenace o viole alguno de los derechos o garantías contemplados en este Código y más leyes, por una conducta de acción u omisión, y no tenga asignada una sanción especial, será condenado al pago de una multa de 100 a 500 dólares, por cada amenaza o violación.
2. Recurso de amparo constitucional, art. 95 de la Constitución, en relación al art. 49, que protege la vida desde el momento de la concepción, con lo cual se suspende cualquier acto que pueda traducir en violación de un derecho, y en el caso de incumplimiento la ley determinará las sanciones.

CONCLUSIONES

1. Los ordenamientos jurídicos internacionales, debido a la preocupación ocasionada por los riesgos que surgen de la biotecnología, se encuentran en etapa de reformas con el fin de hacer frente a futuras consecuencias dañinas para el medio ambiente, la diversidad y la vida humana. Varios tratados internacionales protegen la biodiversidad y el genoma humano.
2. La legislación de la Comunidad Andina (CAN) presenta un aceptable intento por proteger la biodiversidad en el ámbito comunitario, con el reforzamiento de las leyes propias de cada país miembro.
3. En el Ecuador existe considerable interés por las consecuencias que puede traer la biotecnología sobre la biodiversidad, pero existen muchos vacíos relacionados a la biotecnología humana, entre ellos la falta de una Ley de Reproducción Asistida.
4. Pese al afán legislador por proteger el material genético humano se deben ahondar esfuerzos en la legislación nacional, pues una pena de multa de 100 a 500 dólares, o la simple interrupción de la violación al derecho, siguen siendo muy leves para el caso de la alteración del genotipo, teniendo en cuenta que a largo plazo se pone en peligro la supervivencia de la especie humana, pues seguimos siendo un factible laboratorio o centro de experimentos genéticos.
5. Es el momento de profundizar los debates sobre temas bioéticos, con el fin de enriquecer la legislación ecuatoriana, a pesar de que ciertos avances científicos y tecnológicos no lleguen inmediatamente al país y parezcan aun de leja-

no alcance, pues, bajo el principio de responsabilidad y precaución, se debe estar en condiciones aceptables para defender tanto la diversidad biológica y humana del Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Pablo, “La Bioética hoy, el debate más abierto”, en *Bioética práctica. Legislación y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2000.
- Atienza, Manuel, “Juridificar la Bioética”, en Rodolfo Vázquez, comp., *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Instituto Tecnológico y Autónomo de México / Fondo de Cultura Económica, 1999.
- Baigos, Víctor, “Las nuevas tecnologías genéticas y la ética”, en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999.
- Buxó i Rey, Ma. Jesús, “Bioética y antropología”, en María Casado, edit., *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- Cardona, Lluís, *Genética: de Darwin al genoma humano*, Barcelona, Océano, 2001.
- Casado, María, “Nuevo derecho para la nueva genética”, en María Casado, edit., *Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- “Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética”, en Carlos María Romeo Casabona, edit., *Derecho biomédico y Bioética*, Granada, Comares, 1998.
- “La Bioética ante las nuevas tecnologías genéticas”, en María Casado y Duarte Conzález, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999.
- *Las leyes de la Bioética*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- Castellano Arroyo, María, “La deontología médica: teoría y práctica”, en Carlos María Romeo Casabona, edit., *Derecho biomédico y Bioética*, Granada, Comares, 1998.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, 1992, vigésima primera edición.
- Esser, Albin, *Derecho penal, medicina y genética*, Lima, Idemsa, 1998.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo, “La Bioética en Latinoamérica: perspectiva jurídica”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 18, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- Gafo, Javier, “Historia de una nueva disciplina: la Bioética”, en Carlos María Romeo Casabona, edit., *Derecho biomédico y Bioética*, Granada, Comares, 1998.
- *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Madrid, Instituto de Criminología de Madrid / Edersa, 2001.
- Herzog, Félix, “Límites del Derecho penal para controlar los riesgo sociales”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 32, Madrid, 1993.

- Izquierdo Rojo, Marta, *Ingeniería genética y transferencia génica*, Madrid, Pirámide, 2001.
- Mae-Wan, Ho, *Ingeniería genética. ¿Sueño o pesadilla?*, Barcelona, Gedisa, 2001, primera edición.
- Mantovani, Ferrando, “Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, No. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 1994.
- Martín Uranga, Amelia, *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas. Especial consideración de su protección penal*, Bilbao-Granada, Comares, 2003.
- Méndez Baiges, Víctor, “Las nuevas tecnologías genéticas y la ética”, en María Casado y Duarte González, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999.
- Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- Mir Puig, Santiago, *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, 1998.
- Muñoz, Emilio, *Una visión de la Biotecnología. Principios, políticas y problemas*, Madrid, Fondo de Investigación Sanitaria, 1994.
- *Ingeniería genética en el sector primario y secundario: beneficios y problemas*, documento de trabajo 95-01, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas / Instituto de Estudios Sociales Avanzados, IESA, 1995.
- Osset Hernández, Miguel, *Ingeniería genética y derechos humanos. Legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Barcelona, Icaria, 2000.
- Peña, Catalina, “La clonación de seres humanos y el derecho civil ecuatoriano”, tesis de grado, Cuenca, Universidad de Cuenca, 2000.
- “Genética: avances científicos, repercusiones, éticas, sociales y jurídicas”, trabajo de investigación, Doctorado de Derecho penal, Universidad de Barcelona, 2003.
- Peris Riera, Jaime, “Las repercusiones jurídico-penales de las nuevas tecnologías genéticas. Aproximación general”, en María Casado y Duarte González, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999.
- Puigpelat Martí, Francesca, “Bioética y valores constitucionales”, en María Casado, edit., *Bioética, Derecho y Sociedad*, Madrid, Trotta, 1998.
- “¿Hay que poner límites a la investigación genética?”, en María Casado y Duarte González, coords., *Los retos de la genética en el siglo XXI: genética y bioética*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1999.
- Romeo Casabona, Carlos María, “El Derecho Médico: su evolución en España”, en *Derecho biomédico y Bioética*, Granada, Comares, 1998.
- *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*, Bilbao-Granada, Comares, 2002.
- Sarrible, Graciela, “Bioética y valores morales”, en María Casado, edit., *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996.

Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001, segunda edición.

The Concise Encyclopedia of the Ethics of New Technologies, edit. Ruth Chadwich, Academic Press, 2001.

Sitios web

Bioética. Org., versión electrónica de Cuadernos de Bioética, Buenos Aires: http://www.bioetica.org/tratados_internacionales.htm

Colección de tratados de Naciones Unidas, base de datos “Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General”: <http://untreaty.un.org/>

Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica en Bogotá: <http://bogota.usembassy.gov/wwwscap1.shtml>

Robert Cooter y Thomas Ulen, *DERECHO Y ECONOMÍA*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, segunda reimpresión, 686 pp.

Robert Cooter, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, Roberto Pardolesi, Thomas Ulen, *IL MERCATO DELLE REGOLE, ANALISI ECONÓMICA DEL DIRITTO CIVILE*, Bologna, Il Mulino, 2001, 488 pp.

por José Vicente Troya Jaramillo*

Derecho y Economía es la traducción española del clásico *Law and Economics*, D.R. (c) 1997, Addison-Wesley Educational Publishers Inc. Contiene un estudio desde la economía hacia el derecho efectuado por los economistas Cooter de Berkeley, California, y Ulen de Campaign, Illinois. Se explica el mismo dentro sistema jurídico del *common law*. Sin embargo se trata de una obra de gran alcance y trascendencia por cuyo mérito se han efectuado varias ediciones e inclusive se la ha traducido al chino, al japonés, al ruso y al español.

Cooter & Ulen en la introducción, capítulo I, parten del hecho que hasta los años sesenta *el derecho confinaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y la determinación de los daños monetarios* (p. 11). Posteriormente el análisis económico del derecho se expandió a otras áreas tales como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho constitucional. Sostienen que la economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento de las normas y de las instituciones legales, e inclusive la práctica del derecho. Aluden a los economistas Ronald Coase y Gary Becker quienes recibieron en 1991 y 1992 el Premio Nobel de Economía precisamente por sus trabajos, que ayudaron a fundar *el análisis económico del derecho*.

Al contestar en qué consiste tal formulación se pronuncian del siguiente modo: *Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa a la intuición así como la ciencia rebasa el sentido común. Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas* (p. 14).

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

El capítulo II contiene una revisión instrumental de la microeconomía. Dentro de esta dimensión de la economía es que se incuba *el análisis económico del derecho*. El capítulo III contiene una introducción al derecho y al proceso legal y señala las diferencias entre el sistema legal estadounidense y los sistemas legales del resto del mundo. Los restantes capítulos conciernen a los diferentes ámbitos dentro de los cuales se aplica dicho análisis. Así la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el proceso legal, el delito y el castigo.

Es en extremo interesante el hecho de que los autores en el Prefacio anuncian que sobre la materia se publicará una edición europea en la que se hará especial referencia al derecho continental europeo o *civil law* con el valioso concurso de los profesores italianos Mattei, Monateri y Pardolesi. Efectivamente, estos tres profesores de consuno con Cooter y Ulen han dado a luz la obra arriba consignada *Il mercato delle regole* que pasamos a comentar y que guarda solución de continuidad con *Derecho y Economía*.

En *Il mercato delle regole* los autores comienzan por reconocer que el análisis económico del derecho tiene aplicación preferente en el campo del derecho privado patrimonial aunque no se puede ignorar otros sectores como el derecho público y el derecho penal. Anuncian que existe en preparación un volumen sobre el análisis económico del derecho público. Ciertamente causa gran expectativa la aparición de tal volumen habida cuenta que a ese ámbito se aplica en forma preferente la visión macroeconómica.

Advierten los autores que no se pretende trasplantar *el análisis económico del derecho* al *civil law*, ni menos aceptar tal enfoque sin reparo alguno al derecho privado italiano. De todas maneras aceptan la posibilidad de acudir a ese modelo bajo ciertos respetos.

Reiteran que el *common law*, sistema fundado en las decisiones de los jueces, se adapta de mejor manera al EAL (*economic analysis of law*) que el sistema de origen legislativo. En el primero de esos sistemas el juez, personaje altamente representativo ejerce una función relevante inclusive frente a textos legislativos sujetos a interpretación; en el segundo el juez es funcionario, normalmente de carrera, que ordinariamente cumple funciones hermenéuticas de rutina. En el *common law* el juez, ante la ausencia de un conjunto preestablecido de fuentes, ejercita autoridad para decir el derecho y arbitrar soluciones eficientes; en el *civil law* el juez no selecciona las fuentes, éstas se encuentran previstas en un orden de prioridades. Esta última es la principal razón por la cual el EAL es más propicio a un sistema que a otro.

La interpretación en el *civil law* se la mira incompleta en tanto se conciba como una práctica meramente discursiva y no confronte la realidad institucional, vale de-

cir, en tanto no correlacione las puras expresiones con su contenido. En este sentido le son apropiadas la integración de los elementos que aportan las otras ciencias sociales, particularmente la economía. No existe bajo este supuesto una diferencia irreconciliable con lo que ocurre en el *common law*. Los autores sustentan paladinamente que el EAL es un instrumento que servirá para superar el formalismo hermenéutico del *civil law* (p. 19). Dan razón del interés que ha suscitado la corriente fundada en el EAL en diferentes latitudes e inclusive en América Latina que cuenta al propósito con una asociación.

Il mercato delle regole tiene su propia estructura y significación. Luego de la Introducción contiene un capítulo sobre microeconomía y los subsecuentes sobre la teoría económica de la propiedad y su regulación jurídica; sobre la teoría económica de los contratos y su regulación jurídica; sobre la teoría económica de la responsabilidad civil y su regulación jurídica. Existe cierto paralelismo con *Derecho y Economía*, mas, según queda advertido no es una traducción o una simple adaptación al *civil law*.

Sobre la adopción del EAL, en países como el nuestro que forman parte del *civil law*, caben algunas reflexiones y conclusiones:

- No se puede rechazar de plano una propuesta de tanta significación e importancia en aras de sustentar a ultranza posiciones *juridicistas* que no son otra cosa que distorsiones de las concepciones verdaderamente jurídicas. El análisis económico del derecho permite no solo el raciocinio sobre el texto escrito de las normas sino particularmente el escrutinio de los hechos.
- No cabe aceptar sin beneficio de inventario las nuevas corrientes en mengua de la justicia y de la equidad. La eficiencia ha de compaginarse con ellas.
- Los campos propicios al EAL son los concernientes a temas patrimoniales y en general a aquéllos que suelen sujetarse a los medios alternativos de solución de conflictos, singularmente a mediación o a arbitraje. No cabe sin un análisis y meditación profundos aplicarlo indiscriminadamente a todo tipo de materias.
- La propuesta es de la economía al derecho; los juristas deberíamos trabajar en una que vaya del derecho a la economía no con la finalidad de disputar sino de llegar al encuentro y a la conciliación, pues, ambos saberes son sociales y humanistas.
- El EAL es perfectible singularmente cuando en él se introduzca el factor social. Entonces equidad y eficiencia podrán convivir en forma armoniosa. Al efecto, en guarda de la equidad, tiene enorme importancia la sociología jurídica.

Diego Valadés, *PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO*, Buenos Aires, Astrea, 2004, segunda edición, 157 pp.

por Patricio Bueno
Martínez*

Plantea el autor, en el capítulo primero de la obra, la tesis general de si la no aplicación de la norma —excluyendo del tema las de orden constitucional— significaría o no, en determinadas circunstancias, una forma o manera de preservar el Estado de Derecho, entendiéndolo, a su vez, que la aplicación de la norma tampoco es una garantía, ni constituye una certidumbre en cuanto a los actos de la autoridad, la que por esa misma aplicación puede violar los principios de tolerancia, y el espacio de libertad que los individuos y la sociedad requie-

ren para su desenvolvimiento.

En tal sentido, el planteamiento se circunscribe a los actos de autoridad administrativa y no a los de los tribunales y los congresos. Parte su estudio de la premisa de que en todo Estado constitucional hay márgenes o probabilidades razonables para la desviación transitoria, parcial y explicable del funcionamiento institucional con relación al marco jurídico vigente.

Realiza un concreto estudio y análisis de lo que es el Estado de derecho, explicando “la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que esta Norma Suprema establezca, con el propósito de garantizar el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder”, así como la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

En la explicación de lo que consiste el Estado de Derecho, el autor recurre a la doctrina de tratadistas y juristas como Roberth von Mohl, Böckenforde, Carl Th. Welker, Ch. Freiherr, Albert V. Dicey. Se refiere al Estado de Derecho como el camino opuesto al totalitarismo en que vivieron algunos estados europeos a inicios del siglo XX, surgiendo el término *constitucionalismo* con base en la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio de poder, término utilizado por primera vez en 1832 por el poeta inglés Robert Southey.

Valadés, profundizando aún más la concepción de Estado de derecho y como un avance dentro del constitucionalismo, analiza lo que es y significan los conceptos de Estado social de derecho, Estado social y democrático de derecho y con la apro-

* Abogado en libre ejercicio, ex presidente del Tribunal Andino de Justicia.

bación de la Constitución venezolana de 1999 “Estado democrático y social de derecho y de justicia”. Anota, a modo de ejemplo, que en las constituciones de Colombia, Ecuador (art. 1) y Paraguay aparece el concepto de Estado social de derecho, y en las de Alemania, España, Turquía y Venezuela al principio social se acompaña el término democrático.

En el punto V, del Capítulo I, trata del “Estado de derecho y constitucionalismo”, que como consecuencia de las características del primero se puede definir el sistema constitucional, en el que se advierten cuatro tendencias: la liberal, la social, la democrática y la cultural.

Dentro del epígrafe VI “Límites de la Ley”, con racional lógica se remite a principios del derecho romano como el formulado por Ulpiano *dura lex sed lex* y a otros en que el rigor de la ley en su contexto y contenido eran de aplicación que no admitían excepción; formula, también, los cambios que se van produciendo en los sistemas políticos contemporáneos que admiten la posibilidad de los límites para la aplicación de la ley, límites que admiten cierta libertad de valoración atribuida a los representantes para que en ciertos casos puedan tolerar conductas transgresoras de la legalidad.

En cuanto al principio de tolerancia, ejemplifica con los hechos de manifestaciones tumultuarias que, constituyendo una trasgresión al orden constituido, la autoridad las permite, evitando que con la aplicación estricta de la ley pueda causarse un daño mayor que con la simple tolerancia o la admisibilidad del hecho. Esta tolerancia calificada por el autor, como una gran virtud de los sistemas democráticos, aunque también su punto más vulnerable, es nota esencial de los regímenes democráticos, y señala que, “las dictaduras se derrumban cuando el exceso de la intolerancia no deja otra salida que la violencia, en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión”.

Punto medular es el planteamiento de que si la autoridad gubernamental puede hacer excepciones en la aplicación de normas específicas, con el argumento de no causar daños superiores a los que resultarían de esa aplicación, sin que esta omisión no signifique alteración del estado de derecho o perjudique intereses superiores a terceros.

Para llegar a su conclusión final sobre la tesis de la no aplicación de la norma, argumenta en las figuras políticas y jurídicas de la representación y legitimidad, una relación directa entre los mismos; pues en un Estado donde existe un adecuado sistema de representatividad, la legitimidad del poder y de los sistemas políticos están estrechamente vinculados.

Finaliza el Capítulo I aceptando la tesis que señala que la no aplicación de la norma no afecta al Estado de Derecho, siempre que se produzcan determinadas cir-

cunstances, como que la autoridad que omite la aplicación lo hace para evitar un daño mayor que el que ocasionaría con su aplicación; la no aplicación no puede obedecer a la negligencia o lenidad del funcionario; la autoridad debe contar con legitimidad de origen.

Dentro del Capítulo II aborda la temática del régimen constitucional de la tolerancia, que las fundamenta en las expresiones asimétrica y simétrica. Narra los episodios de intolerancia como los producidos en la época de la Inquisición.

Analiza a partir del párrafo II las expresiones constitucionales iberoamericanas relacionadas con la tolerancia en materia religiosa, étnica y política, refiriéndose a varias constituciones, como la de Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, etc. que en materia religiosa, si bien no conserva la religión del Estado, invoca la inspiración divina en su preámbulo.

Todos estos elementos brevemente enunciados en esta recensión hacen de este libro una interesante guía para comprender las dimensiones de algunos problemas constitucionales del Estado de Derecho.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, *LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: FORTALECIENDO SU PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL*, San José, IIDH, 2004, 203 pp.

por Judith Salgado*

Los movimientos feministas y de mujeres han remecido, cuestionado y enriquecido con sus críticas la concepción de derechos humanos. Justamente, han puesto en el centro del debate el androcentrismo dominante, la exclusión del ámbito privado de la esfera de protección de los derechos humanos, la íntima relación entre violencia y discriminación, la invisibilización de las mujeres, la desvalorización de lo femenino, las diversas formas de opresión contra las mujeres en la familia, el trabajo, la educación, la sexualidad y reproducción. Han

evidenciado la tensión entre igualdad y diversidad y sus implicaciones en el respeto y protección de los derechos humanos. Han enfatizado en la interrelación entre género, clase, etnia, orientación sexual, edad, etc. En suma, han situado la discusión de los derechos humanos en las relaciones de poder asimétricas vigentes en diversos ámbitos.

Estos aportes han sido recogidos en gran medida en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, particularmente en las últimas décadas. En mi criterio esto marca un punto de inflexión en la concepción de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Esta publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) comparte la experiencia de un proceso pedagógico para formar abogadas en América Latina que impulsen la protección de los derechos humanos de las mujeres en el ámbito internacional con particular énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El primer aporte es, sin duda, el compartir un análisis crítico, que expone los logros, limitaciones y proyecciones de un proceso educativo, análisis que nos invita a aprender a todos quienes trabajamos en el campo de la educación en derechos humanos.

La publicación nos muestra los enormes avances en materia de normativa y mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres,

* Coordinadora académica del Curso de Especialización Superior en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; coordinadora nacional del Programa Andino de Derechos Humanos.

pero también nos confronta con la necesidad de activar y dar vida a estas herramientas.

Resulta sumamente destacable en mi opinión la relación entre litigio internacional e incidencia política. Tal como señalan las autoras, “El litigio de casos emblemáticos ha demostrado ser una herramienta sumamente útil en la defensa de los derechos humanos. Permite reivindicar los derechos de un colectivo –en esta ocasión el de las mujeres que sufren violaciones de sus derechos humanos– haciendo un uso estratégico de un caso individual”.

Es ilustrativo, en este sentido, el análisis del caso María Memérita Mestanza Chávez contra Perú, que llegó a un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En efecto, María Mestanza fue sometida a una intervención quirúrgica de esterilización sin su consentimiento y murió como resultado de la misma. Es importante resaltar que dentro de las medidas de reparación se incluyó la adopción de políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva acorde con el respeto de los derechos humanos y la no discriminación. Este caso muestra claramente el nexo entre lo individual y lo colectivo en la protección de los derechos humanos.

El texto es sumamente rico en referencias a jurisprudencia, resoluciones e informes de diversos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos que aportan a la defensa de los derechos de las mujeres y que dotan de información actualizada, precisa y pertinente a docentes, estudiantes e investigadores.

El análisis de varios casos presentados ante la Comisión Interamericana que denuncian la arbitrariedad y los prejuicios de género en la administración de justicia frente a casos de violencia sexual; la violencia contra la mujer en el ámbito familiar; la discriminación por orientación sexual; las esterilizaciones forzadas, entre otros, demuestran la influencia de varias de las contribuciones feministas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Extraño en esta publicación, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual de las relaciones de poder, sus asimetrías y las consecuencias en el ejercicio de derechos humanos, así como un enfoque interdisciplinario en el análisis de casos.

Indudablemente esta publicación resulta de lectura obligatoria para juristas, investigadores y docentes interesados en la protección internacional de los derechos humanos.

Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *LOS JUECES Y LA POLÍTICA. PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA*, trad. Miguel Ángel Ruis de Azua, Madrid, Taurus, 1999, 209 pp.

por Germán Guerra Terán*

El texto analiza a profundidad, de manera bastante sistemática, el concepto, las implicaciones y los principales elementos de lo que los autores han denominado la *democracia judicial*, es decir, una necesaria democracia contemporánea en la que el juez se configura, al momento de interpretar la ley, en un verdadero actor político, pues no simplemente debe limitarse a ser simplemente la voz de la norma, sino que debe tener la capacidad de aplicarla a un caso y un contexto concreto, pero por sobre todo debe resguardar a los ciudadanos de posibles abusos de

poder. Sin embargo, esto solo puede operar si el juez goza de independencia, que para los autores significa: "(...) un conjunto de garantías destinadas a asegurar imparcialidad, respecto a las partes en causa y respecto a las otras instituciones políticas, y a proteger las libertades de los ciudadanos". Lamentablemente, la realidad ecuatoriana demuestra que la inmersión de la política en lo jurídico ha desmantelado las instituciones encargadas del control y defensa de los derechos ciudadanos.

Aparte de la idea central del texto, que como ya indiqué es posicionar como actor político al juez, los autores hacen un análisis histórico para determinar las razones por las que los magistrados, en los países donde rige el civil law, tienen mayores atribuciones políticas y sin que aquello atente contra la institucionalidad democrática, sino todo lo contrario. Así, en Estados Unidos de Norteamérica, desde la década de los cincuenta, la ciencia política empieza a analizar los comportamientos más que las normas destinadas a disciplinar, y los investigadores se percatan de que el juez es un potencial actor político. Por otro lado, la adopción del Welfare State hace necesaria la intervención del juez en espacios que anteriormente estaban controlados por el sector privado. Friedman señala: "(...) no existen hoy sectores potencialmente inmunes a la intervención pública y, por tanto, tampoco existen áreas que puedan sustraerse a la eventual decisión del juez. (...) allí donde hay una ley allí también hay un juez que puede verse obligado a interpretarla y aplicarla".

Los autores sostienen que la ley ya no sirve tan solo para disciplinar, sino que una de sus funciones principales debe ser cambiar la conducta de los ciudadanos convirtiéndose en una guía para el desarrollo social y económico. Por esta razón,

* Asesor parlamentario del diputado Andrés Páez Benalcázar.

los legisladores deben sancionar leyes más amplias y generales, para de esta manera delegar al juez la facultad de interpretarlas, pues un administrador de justicia debe tener la capacidad de asimilar las cada vez más vertiginosas variaciones sociales, culturales, políticas y económicas y adecuar la ley a esas nuevas condiciones, y aquello solo se puede lograr delegando poder de decisión al juez.

El texto también trata sobre un hecho jurídico contemporáneo muy ligado a la alteridad y al respeto al *otro*. La lógica tradicional configura la decisión judicial como vinculante para las partes, sin embargo esa concepción ha ido cambiando, pues han aparecido y están consolidándose nuevos derechos que protegen a colectivos indeterminables, y por ende, se rompe con la lógica individualista, al menos en la esfera jurídica, ya que las decisiones que un juez tome en el mencionado tipo de litigios, no solo afectan a las partes involucradas, sino a toda una colectividad difusa, como por ejemplo sucede con el Derecho del medio ambiente, de los pueblos indígenas o de los consumidores.

Otro punto defendido por los autores y que definitivamente revoluciona la tradicional concepción del administrador de justicia es la siguiente afirmación: “El juez, pues, no puede más que ser, incluso a su pesar, un legislador y un administrador, obligado cada vez a enfrentarse con problemas completamente nuevos y guiado en sus responsabilidades de decisión por normas programáticas o por textos un poco escuetos”. Esto no quiere decir que el juez tiene carta libre para interferir en todos los ámbitos sociales, puesto que está sujeto a límites de tipo procesal de los cuales no puede desligarse. Por ejemplo, debe respetar los principio dispositivo, de legalidad, contradicción y de motivación de las sentencias. Si bien el juez puede tomar decisiones políticas al momento de interpretar la ley, su accionar está limitado a la voluntad de un sujeto externo, con la sola excepción de los delitos de lesa humanidad.

Para Guarnieri y Pederzoli la crisis de la clase política es la causa principal para que el papel de los jueces sea cada vez más necesario en los sistemas democráticos. En mi criterio este aporte es el que ofrece mayor similitud con la realidad jurídico-política latinoamericana. Sin lugar a dudas, tanto el *liberalismo constitucional*, cuyo fundamentado es la libertad, como el Estado social, basado en la igualdad, demandan de los tribunales de justicia el cumplimiento de las garantías reconocidas por la ley y la Constitución, garantías que pasan desde derechos civiles y políticos, por derechos económicos, sociales y culturales, hasta derechos difusos, sin embargo el mero enunciado de tales derechos fundamentales no evita que sean violados sistemáticamente por el propio Estado y sus *legítimos* representantes. Así, el Poder Judicial se vuelve un instrumento válido de participación política, pues territorialmente está difundido a nivel nacional, no se necesita cuota de poder para acceder a los tribunales y los jueces tienen la prohibición expresa de denegar justicia.

Un punto central de la obra es el desarrollo del concepto denominado la *judicialización de la política*. Para los autores: “Una democracia con un Poder Judicial fuerte es sencillamente una democracia más fuerte, en la que los derechos de los ciudadanos están mejor tutelados”. El hecho fáctico es que esta concepción está siendo adoptada por varios países europeos que tradicionalmente tienen sus raíces jurídicas en el *Derecho continental*. España, Italia, Francia y en cierta medida Portugal, están siendo testigos del paso de un juez que se limitaba a aplicar la ley a un juez que se constituye como actor político, pues ahora los magistrados están actuando de manera positiva, es decir, garantizando los derechos ciudadanos, y por ende, limitando el poder político.

En especial recomiendo esta obra a todos aquellos aspirantes a conformar la Corte Suprema de Justicia o a ocupar las vocalías del Tribunal Constitucional, pues Guarnieri y Pederzoli se atreven a romper con el mito de que la Función Judicial debe estar alejada de la política; más bien sostienen todo lo contrario, y demandan de jueces que asuman un rol político protagónico suficiente para limitar al poder en caso de ser legítimo y necesario, para lo que utilizaran la Constitución y la interpretación de la ley como instrumentos idóneos para trasponer los formalismos jurídicos y pasar a ser de meros repetidores de la ley a testigos de memoria duradera para entender los procesos históricos, agudos observadores de la sociedad, y, sobre todo, defensores de la ética en el derecho, pues ambos saberes habitan en la órbita de la virtud, es decir, tiene la misma finalidad: vigilar que la conducta del hombre no devenga en el exterminio de la humanidad.

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través del recurso de anulación (UE) y de la acción de nulidad (CAN)

*María Elena Jara Vásquez**

En el presente trabajo se revisan desarrollos jurisprudenciales relevantes sobre los principales mecanismos de control de la legalidad a nivel comunitario tanto en el seno de la Unión Europea (UE) como en el de la Comunidad Andina de Naciones (CAN). El análisis parte revisando jurisprudencia sobre el entendimiento de los tratados fundacionales como constituciones en sentido material. Posteriormente, se revisa jurisprudencia sobre el alcance de actos impugnables, legitimación activa, y causas de impugnación, enfatizando en tendencias relevantes como la flexibilización en la interpretación de los actos susceptibles de impugnación y la apertura a la actuación de particulares. El análisis jurisprudencial se complementa con revisión de doctrina y Derecho positivo, bajo la perspectiva de que el estudio del control de la legalidad en el ordenamiento jurídico comunitario es de esencial importancia para la cabal comprensión de los procesos de integración en su dimensión de comunidades de derecho.

FORO

LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN” DE LOS TRATADOS FUNDACIONALES Y EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES COMUNITARIOS

Desde los primeros años de la década de los sesenta, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) enfatizó en la especificidad y autosuficiencia del derecho comunitario y rápidamente dejó de calificarlo como un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional para concebirlo como un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros. Las sentencias dictadas en los casos *Van Gend & Loss*, así como en *Costa vs. ENEL*, son an-

* Abogada en libre ejercicio, Peña, Larrea y Torres Asociados.

tedentes relevantes sobre la autonomía que tempranamente se reconoció al Derecho Comunitario en la jurisprudencia del TJCE.¹ En el caso *Van Gend & Loss*, el 5 de febrero de 1963, el TJCE afirmaba que el tratado constitutivo de la hoy denominada UE constituía “algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones mutuas entre los estados contratantes, en beneficio del cual, los estados han limitado, aunque sean en campos restringidos, sus derechos soberanos y cuyos sujetos no son solamente los estados miembros sino también sus nacionales”.² Más tarde, en la sentencia *Costa vs. ENEL*, con fecha 15 de julio de 1964, el TJCE reiteraba este razonamiento y afirmaba que “a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros...”³

El entendimiento del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico independiente se fundamenta en la concepción de las instituciones comunitarias como entidades con atribuciones de alcance supranacional, facultadas en virtud de una auto-limitación de soberanía de los estados a emitir disposiciones con efecto jurídico directo en los ordenamientos nacionales. Tales normas conforman un sistema jurídico autorreferencial que se asienta sobre un canon de validez propio “al tiempo que se cierra el círculo argumental haciendo abstracción de la validez del propio Tratado fundacional”.⁴ Este razonamiento implica la conceptualización del Tratado fundacional como la norma que otorga validez a la normativa expedida por los órganos comunitarios, es decir, su visualización como Constitución en sentido material.⁵ La rigidez

1. Al proceso de caracterización del derecho comunitario a través de la jurisprudencia, R. Kovar lo denomina “*edificación del ordenamiento jurídico comunitario*”. Cita hecha por Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, 2a. ed., p. 415.

2. Sobre reflexiones acerca de la trascendencia histórica de la sentencia *Van Gend & Loss* de 1963, ver Gil Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, pp. 27-50. El autor se desempeñó como presidente del TJCE.

3. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión*, p. 416.

4. *Ibidem*, p. 418.

5. Dromi, Ekmekdjian y Rivera se refieren al tema en los siguientes términos: “Los tratados fundacionales dan fundamento y contenido a las restantes normas y a partir de ellas se sistematiza el orden jurídico comunitario. En ciertos aspectos, podemos reiterar que la relación entre el tratado constitutivo con el resto del derecho comunitario es similar a la relación que existe entre la Constitución de un Estado y las normas subordinadas que integran su orden jurídico positivo”. Roberto Dromi, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, 2a. ed., p. 144. Por su parte, Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 1999*, Buenos Aires, 1999, p. 30, explica que “lo que se denomina Constitución de la Europa comunitaria está integrada fundamentalmente por los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y los tratados modificativos de aquéllas, es decir básicamente por el Tratado de París constitutivo de la CECA (1951), los tratados de Roma constitutivos de la CEE y de la CEEA (1957), los tratados modificativos de determinadas disposiciones presupuestarias y financieras (de 1970 y 1975), los tratados sobre la adhesión de nuevos miembros (1972, 1979,

formal y la supremacía normativa que se imprimen en el ordenamiento comunitario mediante esta perspectiva del Tratado fundacional y sus modificaciones, posibilitan que se aplique a la vivencia jurídica de la comunidad los elementos propios de un Estado de Derecho,⁶ idea que se traduce en la expresión “*comunidad de derecho*”, que comenzó a utilizarse en la jurisprudencia del TJCE en la segunda mitad de la década de los ochenta. Por ejemplo, en la sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, dictada en el caso Partido Ecologista Los Verdes vs. Parlamento Europeo, asunto 294/83, se reconoció que:

la Comunidad Económica Europea es una *comunidad de Derecho*, en la medida en que ni sus estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado... el Tratado establece un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a confiar al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de los actos de las instituciones.⁷

Por su parte, el Tribunal Andino de Justicia –TAJ– se ha pronunciado en la misma línea y desde tiempo similar. En sentencia de 10-VI-87, dentro del Proceso No. 2-N-86, República de Colombia c/Resolución 253 de la Junta, declaró que:

ha de tenerse en cuenta, además, 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

1985 y 1994), el Acta Única Europea (1986) y el tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, del 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. A estos instrumentos hay que añadir el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1007, cuando se produzca su entrada en vigor”. El autor explica adicionalmente que el sistema constitucional de la Comunidad no se agota en los tratados, sino que a éstos hay que añadir determinados principios generales comunes a los estados miembros.

6. Sábica llama la atención sobre la jerarquía normativa establecida de la siguiente manera: “cada escala es condicionante de la validez de las normas de grado inferior, las que deben estar en armonía con el contenido de los niveles superiores, pues si las contradijera se rompería la legalidad del sistema. Esta jerarquía tiene paralelismo con la existente en los estados de derecho entre Constitución y leyes, entre estos y acto administrativo”. Luis Carlos Sábica, *Derecho comunitario*, Bogotá, Temis, 1990, 2a. ed., p. 65.
7. Pronunciamientos recogido por Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 419. Carlos Rodríguez Iglesias, “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”, p. 31, cita adicionalmente otros pronunciamientos de órganos comunitarios en los que se evidencia claramente el entendimiento de tratados fundacionales como una carta constitucional, por ejemplo, el Dictamen 1/91 sobre el espacio económico europeo, en el que se afirma que “...el Tratado de la CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio Internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una comunidad de derecho”. Profundiza también sobre el tema del carácter constitucional del Tratado fundacional, Esteban Fernández, “La noción de Constitución Europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 40, 1994, p. 241.

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.⁸

Admitiéndose el carácter constitucional de los tratados fundacionales así como la sujeción a los principios que rigen el Estado de Derecho dentro del proceso de expedición de normativa comunitaria, los tribunales de justicia comunitarios, tanto en el ámbito andino como en el europeo, tienen a su cargo el control de legalidad, el mismo que puede ser considerado desde una doble perspectiva en el marco del ordenamiento jurídico comunitario:⁹ a) Control de legalidad en sentido estricto: Permite la verificación de la conformidad de los actos comparables a los actos administrativos nacionales con las normas que le sirven de fundamento; y, b) Control de la constitucionalidad: Posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los tratados constitutivos. Sobre este segundo punto, resultan ilustrativas las reflexiones del TAJ en sus consideraciones dentro del proceso Proceso No. 5-AN-97, República de Venezuela contra Resolución 430 de Junta y dictamen motivado 15-96:

...Como sistema para el control de la legalidad –la acción de nulidad– se asemeja a la acción de inconstitucionalidad o inexequibilidad, la que sin duda ha sido una de las mayores conquistas del derecho constitucional moderno, hasta el punto que se la considera, con toda razón, como el verdadero fundamento del llamado “Estado de Derecho”. Es en este sentido, es una acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos” (Fernando Uribe Restrepo, “El Derecho de la Integración en el Grupo Andino”, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1990, p. 140).¹⁰

El recurso de anulación, previsto en los arts. 230 y 231 del TCE, es la vía procesal que permite al TJCE controlar la legalidad de los actos jurídicos obligatorios adoptados por las instituciones comunitarias europeas.¹¹ Por su parte, la acción de nu-

8. Esta sentencia ha sido recogida y reafirmada en lo posterior, por ejemplo, en la sentencia expedida el 24 de marzo de 1997, pronunciada en la acción de incumplimiento 3-AI-96 intentada por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela o en el Proceso 1-AN-96, de 15-IV-97. Ver el texto de estas providencias en www.comunidadandina.org/normativa/, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

9. A esta se refieren Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, p. 235.

10. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

11. Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 236, señalan adicionalmente los mecanismos del recurso de omisión y de la excepción de ilegalidad como instrumentos de control de legalidad en la UE. Por su relevancia en el tema que se estudia, es conveniente referirse a la excepción de ilegalidad en el ámbito jurisdiccional comunitario europeo, que consiste en el procedimiento incidental establecido para permitir el control de la legalidad de un acto de alcance general en el marco de un litigio principal en el que se impugna una medida de aplicación de dicho acto. La excepción se explica por dos razones: la

lidad, prevista en los arts. 17 a 22 del Tratado del TAJ, “es sin lugar a dudas, el control de la legalidad del derecho comunitario derivado (Decisiones y Resoluciones) que se le ha conferido al Tribunal”.¹²

La función que cumple la acción de nulidad y el recurso de anulación ha hecho que se enfatice en su carácter objetivo, y que se los conceptualice como titulares del orden público, no susceptible de desistimiento o transacción. En el marco andino, encontramos varios pronunciamientos del TAJ sobre la naturaleza pública, de la acción de nulidad y el consiguiente carácter no transigible de las pretensiones envueltas en esta clase de acciones. Destacamos los siguientes:

- En sentencia de 2 de febrero de 2000, dentro del Proceso 24-AN-99, referente a la acción de nulidad interpuesta por la Compañía New Yorker S.A. en contra de las Resoluciones Nos: 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la CAN, el TAJ manifestó:

Por medio de dicha acción (acción de nulidad) se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base está constituida en las organizaciones estatales por la Constitución y en los ordenamientos comunitarios por los Tratados Fundacionales, se integra, además, con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales o comunitarias, en ejercicio de las competencias de que han sido investidos formal, funcional o materialmente. ...Las características anotadas dan a esta acción comunitaria connotaciones emparentadas con las que en el derecho interno tienen las de nulidad: acción pública, de orden público, y el encontrarse en ellas comprometido el interés general; todo lo cual determina que sea accesible a todos o a la mayor parte de los sujetos del ordenamiento jurídico correspondiente y que, por la finalidad que comporta –la intangibilidad de dicho ordenamiento– no resulte pasible de desistimiento o de transacción.¹³

- El mismo criterio se defendió en sentencia de 17 de agosto de 1998, *Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; En-*

restringida legitimación activa de los particulares para interponer recursos de anulación contra los actos de alcance general y el reducido plazo previsto por el art. 230 para solicitar la anulación de un acto. Puede ejercitarse en medio de recursos por omisión, incumplimiento, responsabilidad extracontractual y frecuentemente en el de anulación. Sus efectos no son generales, sino para el caso particular.

12. Edgar Barrientos Cazazola, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La integración, el derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997, p. 91.

13. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

chapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en el que se manifestó que "...Una vez iniciado el proceso, puede el Tribunal impulsarlo cuando se trate de dar cumplimiento a su deber de velar por el interés general de la Comunidad Andina".¹⁴

- En el Proceso 39-AN-2004, Empresa Sistema Satelital Andino Simón Bolívar Andesat S.A. E.M.A., contra las Decisiones 559 y 560 de la Comisión de la Comunidad Andina, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones sobre la naturaleza pública de la acción de nulidad:

Las normas comunitarias de derecho positivo que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, se encuentran contempladas en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. ... la acción de nulidad...es "acción pública por esencia ya que se consagra en beneficio de la legalidad y no para proteger directamente intereses particulares o subjetivos", como lo señala el tratadista Fernando Uribe Restrepo. (Fernando Uribe Restrepo, "El Derecho de la Integración en el Grupo Andino", Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1990, p. 77, 140).

Por medio de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial a todo régimen jurídico y se institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia del principio de la jerarquía normativa inserta en el mencionado artículo 1 del Tratado de Creación.

Con relación a la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, el Tribunal ha expresado: "Resulta por tanto de claridad meridiana que la finalidad de la acción de nulidad ejercitada contra una determinada disposición del ordenamiento jurídico andino, es la tutela del mismo, a fin de que aquélla quede sin efecto por contrariar las normas superiores de derecho ...

Esta acción, si bien subjetiva por lo que respecta a la legitimación para interponerla, es en cambio, de carácter predominantemente objetivo en cuanto se encuentra consagrada en interés general a fin de que prevalezca la defensa de la legalidad abstracta de las normas de nivel superior sobre las normas y los actos de inferior categoría, y por ello en el sistema recursorio andino su ejercicio no persigue, cuando menos en forma directa, el restablecimiento de derechos particulares y concretos, sino, se repite, el imperio de la jerarquía normativa, característica de todo ordenamiento jurídico". (Sentencia dictada en el proceso 23-AN-2002, publicada en la G.O.A.C. No. 991 del 2 de octubre de 2003, citando al proceso 1-AN-96, publicado en la G.O.A.C. No. 520 de 20 de diciembre de 1999)".¹⁵

14. *Ibidem.*

15. *Ibidem.*

El control de legalidad en el Derecho comunitario a través del recurso de anulación (UE) y ...

A continuación, se ofrece un análisis comparativo entre el recurso de anulación que puede proponerse en el ámbito europeo y la acción de nulidad que cabe en el esquema andino, como mecanismos centrales del control de legalidad en uno y otro medio. En este análisis, los aportes dados por los órganos judiciales comunitarios son un elemento fundamental.

ANÁLISIS COMPARADO

ACTOS IMPUGNABLES

UE	CAN
<ul style="list-style-type: none">• Actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo (art. 230 TCE).• Actos de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones ni dictámenes (art. 230 TCE).• Actos del Parlamento europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros (art. 230 TCE).• Acuerdos del Consejo de Gobernadores (art. 237.b).• Acuerdos del Consejo de Administración del BEI (art. 237.c).• En general, actos definitivos de instituciones comunitarias que tengan efectos y definitivos y que produzcan afección a terceros (jurisprudencia).	<ul style="list-style-type: none">• Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (art. 17 TTAJ).• Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina (art. 17 TTAJ).• Resoluciones de la Secretaría General (art. 17 TTAJ).• Convenios de complementación del sector industrial (art. 17 TTAJ).

Notas sobre los actos impugnables vía recurso de anulación en el Derecho comunitario europeo

- En general, se ha considerado que pueden ser objeto de recursos de anulación los actos decisorios que producen efectos jurídicos frente a terceros, sean típicos o atípicos. En cambio, quedan excluidos las recomendaciones, los dictámenes, los actos preparatorios, las medidas de orden interior, los actos puramente confirmatorios y los negativos.¹⁶ También se excluyen convenios que

16. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 520.

celebren las comunidades con terceros países,¹⁷ así como normas originarias de Derecho comunitario y normativa de los estados miembros.

- La línea del TJCE ha sido permitir la impugnación de actos que en su contenido sean generales, sin importar la denominación otorgada. Por ejemplo, se han admitido recursos de anulación contra actos de las instituciones denominados “códigos de buena conducta”.¹⁸ Inclusive declaraciones verbales han sido materia de recurso de nulidad. En sentencia de 9 de octubre de 1990, Francia vs. Comisión, se aceptó un recurso contra una declaración verbal del portavoz del comisario europeo encargado de las cuestiones de competencia.¹⁹ La sentencia de 11 de noviembre de 1981, IBM vs. Comisión, resume la posición del TJCE con relación al tema que es motivo de análisis:

Para determinar si las medidas impugnadas constituyen actos a efectos del artículo 173 (hoy 230) hay que atenerse a su contenido esencial. Siguiendo una jurisprudencia constante del Tribunal, constituyen actos o decisiones susceptibles de ser objeto de un recurso de anulación en el sentido del artículo 173 (230) las medidas que producen efectos jurídicos obligatorios de forma que afecten a los intereses del demandante, modificando de forma apreciable la situación jurídica de éste. Por el contrario, la forma en que se adoptan los acuerdos o decisiones, es, en principio indiferente por lo que respecta la posibilidad de impugnación a través de un recurso de anulación.²⁰

- Adicionalmente, para permitir la impugnación de un acto comunitario se ha considerado que ni siquiera es necesario que tal acto haya sido producido con arreglo a las disposiciones del Tratado, pues caben impugnaciones de actos que se tomaron en virtud de competencias dadas por otras fuentes, como acuerdos internacionales.²¹
- Habiéndose revocado el acto impugnado, no procede pronunciarse sobre el recurso de anulación, aunque la parte que lo interpone, manifieste que tiene interés en que haya un pronunciamiento para evitar que un acto contrario al orden jurídico comunitario vuelva a repetirse. Así se Pronunció el TJCE en Sen-

17. Sin embargo, se acepta recurso de anulación “contra el acto sui géneris del Consejo o de la Comisión en el que se manifiesta el consentimiento de la Comunidad para concluir el tratado internacional”, según Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 237.

18. *Ibidem*, p. 237.

19. Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 237.

20. Ver el texto de estas providencias en <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

21. Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 521, citan sobre este punto la Sentencia del TJCE de 2 de marzo de 1994 (Parlamento Europeo vs. Consejo, asunto C-316/91).

tencia de Primera Instancia de 24 de octubre de 1997, asunto T-239/94, Association des aciéries européennes indépendantes (EISA) contra Comisión de las Comunidades Europeas, en los siguientes términos: “Según jurisprudencia reiterada, no procede pronunciarse sobre un recurso de anulación cuando la Decisión impugnada ha sido revocada, lo que la ha hecho inaplicable (véase, a título de ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1983, Ferriere San Carlo/Comisión, 75/83, Rec. p. 3123)”.²²

Notas sobre actos impugnables vía acción de nulidad en el Derecho comunitario andino

- Las modificaciones al Tratado de Creación del TAJ²³ ampliaron el número de actos susceptibles de ser anulados. Inicialmente, el art. 17 del Tratado de Creación del TAJ solo contemplaba a las decisiones de la Comisión y a las resoluciones de la Junta.
- Se han declarado admisibles las acciones contra Decisiones y Resoluciones de efectos temporales aún cuando se hubiere cumplido el término de su vigencia, como se expresa en sentencia de 17 de agosto de 1998, Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; Enchapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena:

En derecho comunitario andino es admisible la impugnación por vía de nulidad de las Decisiones y Resoluciones de efectos temporales aun cuando hubieren cumplido el término de su vigencia, ante la eventualidad de que las mismas puedan contener vicios de ilegalidad o de ilicitud capaces de ocasionar perjuicios susceptibles de indemnización, la cual podrá ser acordada solo a solicitud de parte oportunamente formulada y previa demostración de dichos daños...²⁴

- El TAJ ha considerado improcedente la acción de nulidad ante dictámenes de incumplimiento emitidos por la Secretaría General. El argumento del TAJ para rechazar la acción de nulidad frente a tales dictámenes está contenido en Sentencia proferida dentro del proceso 12-AN-99, del 24 de septiembre de 1999, caso Corpei, publicada en G.O.A.C. No. 520, del 20 de diciembre de 1999:

22. Ver página web de la UE, *supra* 20.

23. El 28 de mayo de 1996, en la ciudad de Cochabamba, Bolivia, los países miembros suscribieron el Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, reformas vigentes desde el 25 de agosto de 1999.

24. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

Desde el punto de vista sustancial, los dictámenes que emite la Secretaría General, dentro del procedimiento establecido para adelantar la acción de incumplimiento, no son otra cosa que opiniones autorizadas, conceptos técnicos, experticias, que se constituyen por mandato del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en presupuestos procesales para que la acción de incumplimiento pueda ser llevada ante la instancia judicial.²⁵

La posición explicitada en el fallo anterior constituye un giro a la jurisprudencia que el TAJ venía desarrollando. En gran medida, el giro se origina en un análisis de Derecho comparado, en el que se analizaron reflexiones aplicadas por el TJCE. En sentencia de 2 de febrero de 2000, dentro del Proceso 24-AN-99, referente a la acción de nulidad interpuesta por la Compañía New Yorker S.A. en contra de las Resoluciones Nos: 171 y 210, del 17 de diciembre de 1998 y del 31 de marzo de 1999, expedidas por la Secretaría General de la Comunidad Andina, el TAJ manifestó:

particularmente en cuanto a la acción de incumplimiento se refiere ha destacado el rol que cumplen los dictámenes de la Secretaría General como presupuestos procesales de dicha acción, conceptualizándolos a la luz de lo que sobre ellos disponen las normas comunitarias andinas como las comunitarias europeas de las cuales proviene este instituto jurídico. Así mismo ha tratado de mostrar como tales dictámenes, independientemente de la forma en que se materialicen, son, por lo menos en el derecho comunitario europeo, actos no vinculantes, no pasibles de discusión judicial, por vía de anulación, ante los jueces comunitarios... Como consecuencia de lo anterior *el Tribunal, modificando anteriores posiciones que lo llevaron a admitir demandas en acciones de nulidad contra dictámenes emitidos por la Secretaría General, la presente entre ellas, se abstiene de fallar en el fondo la cuestión debatida y dará por terminado el presente proceso declarando que el acto sobre el cual versa la demanda no es susceptible de demanda en acción de nulidad.*²⁶

- A semejanza de lo ocurrido en Europa, el TAJ también se ha pronunciado por la prevalencia del análisis del contenido de los actos normativos que se impugnan sobre la forma o denominación que adopten. Esta posición ya se infiere de la posición jurisprudencial citada en el párrafo inmediato anterior, y se ratifica en sentencia de 16 de abril de 1997, dentro del Proceso 1-AN-96:

en síntesis, lo importante a destacar es, y así lo considera el Tribunal, que mediante la objetada actuación de la Junta, ella misma dispone, y en consecuencia, a juicio del Tribunal, RESUELVE, designar Coordinadores por lapsos inferiores a los previstos en la nor-

25. *Ibidem.*

26. *Ibidem.*

ma cuya aplicación, ella misma previamente también RESUELVE suspender. Se trata en suma, pese a su autodenominación “ACUERDO”, de una auténtica y verdadera RESOLUCION de la Junta, y así lo considera el Tribunal. Goza por tanto el acto así emitido de la naturaleza, y se encuentra sometida al régimen de las Resoluciones de la Junta.²⁷

LEGITIMACIÓN ACTIVA

UE ²⁸	CAN
<ul style="list-style-type: none"> • Estado miembro. • El Consejo. • La Comisión. <p>Estos tres son “demandantes privilegiados”, pues pueden solicitar la anulación de cualquier acto de las Instituciones, con independencia de que tenga carácter general o individual, o de que sea o no dirigido a ellos. No necesitan justificar perjuicio alguno.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Parlamento Europeo, Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas. <p>Disponen de legitimación limitada a la defensa de sus prerrogativas. En el caso del Parlamento el recurso se centra contra actos adoptados en violación de sus posibilidades de participación en el proceso decisorio.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Toda persona física o jurídica. <p>“Demandantes no privilegiados”, solo en estos supuestos:</p> <ul style="list-style-type: none"> * Decisiones de las que son destinatarios (multas, decisiones en materia de competencia). * Decisiones que, aunque revistan forma de reglamento, les afecten directa e individualmente. * Decisiones dirigidas a otros particulares o a estados miembros que les afecten directamente. <p>(Art. 230 TCE)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Países miembros. <p>Solo de Decisiones o Convenios que no hubieren sido aprobados con su voto afirmativo (art. 18 TTAJ).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. • Comisión de la Comunidad Andina. • Secretaría General. • Personas naturales o jurídicas.

27. *Ibidem*.

28. Esquemmatización tomada de Araceli Mangas Martín y Diego Liñan Nogueiras, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, pp. 238 y 239.

Tanto en la UE como en la CAN, uno de los aspectos que mayor atención ha merecido ha sido el relativo a la legitimación de los particulares para interponer el recurso de anulación o ejercer la acción de nulidad, respectivamente.

Notas sobre la legitimación de particulares para interponer el recurso de anulación ante el TJCE

- Se ha reconocido la necesidad de tres requisitos para que un particular tenga legitimación activa para interponer el recurso de anulación:
 - i) **Afectación directa:** Es decir, surtir efectos directos sobre la situación jurídica del particular, sin que sea permisible confundir “afectación directa” con “aplicación directa”, esta última referida a la ausencia de necesidad para la emisión de normativa nacional para la aplicación de la normativa comunitaria. Este requisito no ha generado mayor controversia en el derecho comunitario europeo.
 - ii) **Afectación individual:** Es el requisito que mayor problemas ha generado y el que más ha restringido la limitación activa. En sentencia de 2 de abril de 1998, *Greenneace vs. Comisión*, C-321/95, se manifestó que “...para que un acto de alcance general afecte individualmente a un particular es necesario que su situación haya sido tomada en consideración en el momento de la adopción del acto y que el acto le afecte de forma individualizada y no de manera general y abstracta como a todas las demás personas que pudieran estar en la misma situación”.²⁹

Las restricciones con relación a este tema han generado que se enfatice en la excepción de ilegalidad antes que en el recurso de nulidad como mecanismo para evitar la indefensión de los particulares ante actos jurídicos comunitarios dictados contra derecho.

- iii) **Interés para ejercitar la acción:** Los particulares deben demostrar que la anulación del acto que se impugna mejoraría su situación. Este requisito no ha generado mayor dificultad, pues se asume que los destinatarios del acto obviamente cumplen este requisito, y los que no lo son, también lo cumplen si se reúnen los dos anteriores.

29. Ver página web de la UE, *supra* 20.

Notas sobre la legitimación de particulares para ejercer la acción de nulidad ante el TJA

- En el marco jurisprudencial andino es muy importante la flexibilización que se imprimió a la legitimación activa de particulares a través de las reformas de Cochabamba y la interpretación judicial. En la sentencia de 17 de agosto de 1998, Contrachapados de Esmeraldas S.A., Codesa; Bosques Tropicales S.A. Botrosa; Enchapes Decorativos S.A., Endesa; y Plywood Ecuatoriana S.A., contra la Resolución No. 435 del 23 de octubre de 1996 de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el TAJ se manifestó en los siguientes términos:

PRIMERO: En las acciones de nulidad interpuestas por las personas naturales o jurídicas contra Decisiones y Resoluciones andinas, *es suficiente acreditar a los fines de la legitimación activa, un interés legítimo consistente en que éstas les sean aplicables y les causen perjuicio en los términos del artículo 19 de su Tratado de creación, tal como han sido interpretados por la presente sentencia.* ...SEXTO: A pesar de haber sido declarada fundada la presente acción de nulidad, no se condena en costas a la demandada, por considerar el Tribunal que tuvo ésta motivos razonables para litigar, al haberse opuesto a la admisibilidad de la misma con fundamento en la jurisprudencia sentada por esta misma jurisdicción andina, *jurisprudencia hasta ahora restrictiva de la legitimación para recurrir, y que ha sido rectificada por el presente fallo ...*³⁰

La posición jurisdiccional restrictiva a la que se refiere el fallo de 17 de agosto de 1998, se fundamentaba en lo dispuesto por el Estatuto del TAJ, en virtud del cual se había considerado que para legitimar la intervención de particulares en la acción de nulidad se requería de presentación de prueba sobre la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que ocasiona al demandante. La sentencia dentro del proceso 12-AN-99, del 24 de septiembre de 1999, caso Corpei, se refiere claramente a este supuesto:

En efecto, tiene definido de antaño el órgano judicial de la Comunidad que el ofrecimiento de la prueba respecto de la aplicación de la norma demandada y el perjuicio que irroga al demandante debe entenderse en su acepción de presentación, de aportación material y concreta de la misma, so pena de que, si al momento de admitirse la demanda el Juez Comunitario advierte que la prueba de dichas circunstancias no está presente o es insuficiente, no se le dé curso al proceso.³¹

A raíz de las reformas de Cochabamba, el TAJ ha enfatizado en la flexibilización de los requisitos para que particulares interpongan acciones de nulidad. Un análisis

30. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

31. *Ibidem*.

detallado sobre el tema puede observarse en la sentencia emitida en el Proceso 14-AN-2001, Acción de Nulidad interpuesta por el abogado César Moyano Bonilla, contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486, con fecha 1 de febrero de 2002. En esta sentencia, el TAJ analizó la evolución positiva que ha experimentado en el seno de la CAN la posibilidad de que particulares interpongan acciones de nulidad, y aceptó la acción interpuesta por un abogado, admitiendo que desde su condición de ciudadano y profesional del Derecho, tiene interés en un adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico andino. Por la importancia del pronunciamiento del Tribunal en este caso, se transcribe en extenso la parte pertinente de la sentencia:

En efecto, debe recordarse que en el auto citado se dijo textualmente en los considerandos que le sirvieron de motivación: “Que el espíritu de las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba al Tratado originario de Creación del Tribunal, reflejado en forma concreta en temas específicos como en el caso presente sobre la intervención de los particulares ante el órgano jurisdiccional de la Comunidad en materia de acciones de nulidad, persigue ampliar su participación según la nueva concepción contenida en la norma del artículo 19”. Recogió en esta motivación el Tribunal uno de los avances más grandes del derecho comunitario andino cuál ha sido el de facilitar la participación de los particulares, personas naturales o jurídicas, en los procesos que se surten ante el Órgano Judicial de la Comunidad, otorgándoles así la plenitud del ejercicio de sus deberes y derechos como sujetos del referido ordenamiento comunitario. Las reformas introducidas por el Protocolo de Cochabamba perseguían en esta materia posibilitar o ampliar en su caso, la participación de los particulares de los países miembros en el proceso de control de la legalidad y de aplicación de las normas comunitarias. Ello es tan cierto que en aquellos casos en que tal actuación les era permitida a los particulares (acción de nulidad) se les amplió dicha facultad, eliminando determinadas restricciones o limitaciones y en los otros, en que no se les atribuía la facultad de intervenir, se les generó este derecho, regulándolo de una manera tan amplia que fuera compatible con ese espíritu de mayor participación, tal como sucede con las acciones de incumplimiento y los recursos por omisión o inactividad. En el caso concreto de la acción de nulidad la reforma para consagrar esta concepción amplia de participación de los particulares, sustituyó el requisito existente en el Tratado originario de que el titular de la acción de nulidad debía ser, en el caso de los particulares, quien demostrara que la norma demandada le era aplicable y le causaba perjuicio, por el requisito mucho más amplio y genérico de que las normas acusadas “afecten sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”. La norma vigente es pues, mucho más abierta que la del Tratado original, al manifestar qué tipo de elemento jurídico, objeto de garantía, se puede afectar al particular, esto es, bien sea en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos. El accionante alegó, y demostró a juicio del Tribunal, la afectación en cuanto a su interés legítimo, basando su fundamento para accionar en nulidad de los artículos demandados en el interés legítimo que expresó tener en su condición de abogado en ejercicio de su profesión y de ciudadano sujeto al régimen jurídico establecido en las normas comunitarias objeto de la demanda. Nada dijo, es cierto, respecto del derecho subjetivo

posiblemente afectado pero no estaba obligado a hacerlo en la medida en que la norma que lo faculta solo exige para acreditar la titularidad de la acción que se demuestre uno cualquiera de los elementos o factores acreditantes de la titularidad: o el interés legítimo o la afectación de un derecho subjetivo. El particular que establece la demanda de nulidad se presenta alegando el interés legítimo del cual es titular; en primer lugar, por su condición de individuo que se beneficia directamente del ordenamiento jurídico andino, en donde los particulares “tienen derecho a que se les ofrezca eficaz tutela en defensa de sus legítimos intereses inevitablemente comprometidos en virtud de las iniciativas y de los riesgos que están llamados a asumir, por ser destinatarios del proceso de integración andino”; en segundo lugar, “porque como abogado tiene interés en el mantenimiento, respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, que se encuentra, para el caso que nos ocupa, tanto en el Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos como en las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina, pues si la Comisión no lo cumple, se rompe ese ordenamiento jurídico, imposibilitándose, así, el desenvolvimiento normal de la Comunidad Andina, lo cual me causa perjuicio, no solo como abogado sino como persona sometida a dicho ordenamiento, pues como lo ha expresado el Tribunal “los individuos se benefician directamente del ordenamiento jurídico, lo que los convierte, a la vez, en sujetos activos y obligados por el mismo”. Este razonamiento fue suficiente para que el Tribunal diera por cumplido el requisito del artículo 19 del Tratado y se le considerara como legitimado para accionar en la presente causa, condición que ahora ratifica antes de pasar a la expedición de la sentencia”.³²

MOTIVOS DE ANULACIÓN

UE	CAN
<ol style="list-style-type: none"> 1. Incompetencia. (Cabe recurso de oficio). 2. Vicios sustanciales de forma. (Cabe recurso de oficio). <ul style="list-style-type: none"> * Defecto de motivación o falta de motivación suficiente. * Incumplimiento de obligación de consulta de alguna Institución con carácter previo a la emisión del acto. * Violación de garantías en procedimientos contradictorios de carácter sancionador. * Errónea determinación de la base jurídica del acto. <ol style="list-style-type: none"> 3. Violación del tratado o de <i>cualquier otra norma jurídica</i> relativa a su ejecución. (Debe invocarse por demandante, y es la causal más importante). 4. Desviación de poder. (Deben invocarse por demandante). (Art. 230 TCE) 	<ul style="list-style-type: none"> • Adopción de Decisiones, Resoluciones y Convenios en violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, e incluso por desviación de poder. <p>(Art. 17 TTAJ)</p>

32. *Ibidem*.

Notas sobre causales para interponer el recurso de anulación ante el TJCE

- El TJCE ha interpretado la expresión “cualquier otra norma jurídica” contenida en el numeral tercero del art. 230 del Tratado de la Comunidad Europea, comprendiendo dentro de la misma: disposiciones de Derecho Comunitario Originario; normas de Derecho derivado con fuerza vinculante de rango superior; tratados internacionales y normas de Derecho internacional vinculantes para la UE; principios generales de Derecho; y adicionalmente, sentencias del TJCE, ya que éstas tienen autoridad absoluta y fuerza obligatoria.³³
- Se ha interpretado que en el numeral cuarto, que habla sobre “desviaciones de poder” para la interposición del recurso de anulación, se refiere al hecho de que una autoridad administrativa emplee sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la cual le fueron concedidas, siendo en la práctica una causal que produce pocas sentencias de anulación, pues se requieren indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que se ha producido para eludir un procedimiento específicamente establecido en el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso.³⁴ El TJCE en sentencia de 17 de julio de 1997, dijo al respecto: “Según reiterada jurisprudencia, constituye una desviación de poder la adopción por una institución comunitaria de un acto con el fin exclusivo o, al menos determinante, de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento establecido por el tratado para hacer frente a las circunstancias del caso”.³⁵

Notas sobre causales para interponer la acción de nulidad ante el TJA

- El TAJ ha mantenido un criterio amplio, descartando una interpretación formalista y atendiendo a la naturaleza del recurso, lo que se orienta a un control más efectivo de la legalidad. En sentencia de 13 de octubre de 2002, dentro del Proceso 01-AN-98, sobre la acción de nulidad interpuesta por la República de Colombia contra las Resoluciones 476 del 14 de mayo de 1997 y 505 del 23 de julio de 1997 emanadas de la Junta del Acuerdo de Cartagena, el TAJ manifestó lo siguiente:

33. Ver Andrés Sáenz de Santamaría, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al derecho de la Unión Europea*, p. 525.

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*.

Conforme a lo expresado por la jurisprudencia andina, los motivos de impugnación en un proceso de nulidad son “todos aquellos que puedan afectar la validez de un acto administrativo, sea en el fondo o en la forma y pueden desembocar en la nulidad absoluta o relativa del acto” (Sentencia dictada en el Proceso 5-AN-97. Acción de Nulidad interpuesta por la República de Venezuela). Estas causales de anulación han sido concretadas por la jurisprudencia del Tribunal partiendo de los cinco elementos esenciales del acto: la incompetencia, como vicio en el sujeto; el vicio de forma, atinente al elemento formal del mismo; la desviación de poder, relativo al vicio en el fin perseguido; el falso supuesto de hecho o de derecho, que tiene que ver con la causa; y, finalmente, la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del contenido del acto, referente al objeto de éste (Ver al respecto, caso Contrachapados de Esmeraldas S.A. y otros, proceso 04-AN-97, ya citado). ...

En este mismo proceso se conoció el tema de la falta de motivación para interponer la acción de nulidad, en los siguientes términos:

La demandada ha alegado durante el curso del proceso que la falsa o errónea motivación no es una causal expresamente contemplada en el ordenamiento jurídico andino... A juicio del Tribunal, el vicio derivado de la carencia de una efectiva motivación –sea como resultado de un error de derecho (por falta de base legal o por un error en la aplicación o interpretación de la norma) o de una inexactitud o incorrecta calificación de los hechos, así como también de una ausencia, o insuficiencia en la motivación– *sí constituye causal de impugnación...*³⁶

CONCLUSIONES

- La existencia de mecanismos eficientes de control de la legalidad es un elemento indispensable para posibilitar la vivencia de los postulados de una comunidad de derecho. El papel de los tribunales de justicia comunitarios, tanto a nivel europeo como andino ha sido trascendental en este ámbito.
- El TAJ ha tomado como una importante fuente de referencia los avances en el entendimiento del Derecho comunitario exteriorizados a través de los fallos del TJCE. Tal situación se evidencia, por ejemplo, en el giro jurisprudencial que se ha producido en el ámbito andino con relación a la admisibilidad de acciones de nulidad sobre dictámenes de cumplimiento expedidos por la Secretaría General.
- La consideración de actos sobre los que es posible interponer el recurso de anulación ha sido interpretada de forma más amplia por el TJCE que por el

36. Ver página web de la CAN, *supra* 8.

TAJ. En Europa, por ejemplo, se ha admitido este recurso inclusive contra declaraciones verbales y códigos de conducta. El TAJ ha tendido a ceñirse más rigurosamente al tenor literal de las normas en este aspecto, en consideración a la concepción predominante sobre “acto administrativo”.

- En cuanto a la posibilidad de participación de los particulares para ejercitar la acción de nulidad, en la CAN se ha experimentado un avance positivo, motivado por las reformas de Cochabamba al Tratado de Creación del TAJ, y por la interpretación jurisprudencial sobre el tema. El entendimiento de la legitimación activa de particulares para interponer la acción de nulidad ante el TAJ es mucho más amplio del que se observa en Europa. Este aspecto positivo, pues permite un mayor acercamiento entre los nacionales de los estados y la normativa comunitaria, y una mayor posibilidad de defensa de los derechos de los particulares.
- En uno y otro ámbito hay una marcada tendencia a dar prevalencia al contenido de los actos comunitarios sobre su forma o denominación, lo cual es beneficioso en el intento de evitar distorsiones en la vivencia de la normativa comunitaria.
- Bajo la jurisdicción del TJCE se ha desarrollado más el criterio de intervención de oficio del tribunal de justicia comunitario para precautelar la legalidad. En el medio andino es necesario enfatizar en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Barrientos Cazazola, Edgar, “El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Antecedentes históricos, estructura y composición, competencias y procedimientos”, en *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.
- Díaz Roca, Rafael, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Dromi, Roberto, Miguel Ekmekdjian y Julio Rivera, *Derecho comunitario*, Buenos Aires, Sistemas de Integración, Régimen del Mercosur / Ciudad Argentina, 1996, 2a. ed.
- Isaac, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel, 1993, 2a. ed.
- Mangas Martín, Araceli, y Diego Liñan Nogueiras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- Meisel Lanner, Roberto, *Tribunal Andino de Justicia: antecedentes, creación legal y procedimiento ante ese organismo de jurisprudencia*, Bogotá, Librería del Profesional, 1988, 1a. ed.
- Mengozzi, Paolo, *Derecho Comunitario y de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000.

Montaño Galarza, César, "Constitución del Ecuador e integración andina", artículo inédito, Quito, 2002.

Pico Mantilla, Galo, *La integración, el Derecho comunitario y el Pacto Andino*, Sucre, Tribunal Andino de Justicia / Universidad Andina Simón Bolívar, 1997.

Sáenz de Santamaría, Andrés, Javier González Vega y Bernardo Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Eurolex, 1999, 2a. ed.

Tangarife, Marcel, "Sistema jurisdiccional en el proceso andino", en *Integración y supranacionalidad*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina / Programa de Cooperación Andina a Bolivia/PCAB, 2001, 1a. ed.

Páginas web

www.curia.eu.int/es/pres/comp.htm, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

www.comunidadandina.org, consultada por última vez el 11 de julio de 2005.

Colaboradores

Ramiro Ávila Santamaría, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, PUCE; Máster en Derecho, Columbia Law School, Nueva York, docente de la Especialización Superior en Derechos Humanos Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Santiago Basabe Serrano, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, (UCE); abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Católica de Cuenca, Diploma Superior y Magíster en Derecho Económico, (UASB-Q), Maestro en Ciencia Política, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Flacso, Sede Académica del Ecuador; doctorando en Ciencia Política, Universidad Nacional de San Martín, Buenos Aires.

Patricio Bueno Martínez, ecuatoriano, doctor en Derecho, Universidad Central del Ecuador; técnico en Seguridad Social, Instituto Iberoamericano de Seguridad Social, Madrid.

Germán Guerra, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, egresado del Departamento de Sociología de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Magíster en Derecho (c) con mención en Derecho constitucional en la UASB.

María Elena Jara, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho, Mención Derecho económico, 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.

Rafael Oyarte Martínez, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, PUCE, Magíster en Derecho público y Postítulo en Derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago; Especialista Superior en Derecho administrativo; Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito (UASB-E).

Diego Andrés Parra, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Estatal de Cuenca, Magíster en Derecho (c), mención Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Catalina Peña Guillén, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Universidad de Cuenca; Máster en Ciencias penales y Derecho penal, Universitat de

Barcelona y Universitat Pompeu Fabra; Diploma de Estudios Avanzados (D.E.A.), dentro del Doctorado en Derecho penal, Universitat de Barcelona; Estancias de investigación: Max-Planck Intitute für ausländisches und internationales Strafrecht, Friburg Alemania, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Floral Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco.

Judith Salgado, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Ciencias Sociales, mención en Derechos Humanos y Seguridad Democrática, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso); Magíster en Estudios Latinoamericanos, mención en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Claudia Storini, italiana, doctora en Derecho, Universidad de Valencia (UV).

José Vicente Troya Jaramillo, ecuatoriano, abogado y 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 Internacional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Julio César Trujillo, ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

María Rosario Valpuesta Fernández, española, licenciada en Derecho, Universidad de Sevilla; doctora en Derecho, Universidad de Sevilla.

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 8426

Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8436

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, 322 8436

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec •

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos 593(2) 255 4358, 255 4658, 256 6340, fax ext. 12

Apartado postal 17-12-886, correo electrónico: cen@accessinter.net

Quito - Ecuador

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador: S 28.80

América: S 60.00

Europa: S 77.00

Resto del mundo: S 86.60

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, apartado postal 17-12-886, teléfonos 593(2) 255 4358,
256 6340, fax ext. 12. 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) 322 8094

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Quito - Ecuador

Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo y Roberto Viciano Pastor, Editores, **La estructura constitucional del Estado ecuatoriano**, Serie Estudios Jurídicos, vol. 24, Centro de Estudios Políticos y Sociales, España/Universidad de Valencia, España/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación Editora Nacional, 2004.

Este libro contiene trece estudios sobre aspectos fundamentales de la Constitución Política actual. Es un esfuerzo conjunto de diez estudiosos ecuatorianos y tres españoles, en el marco del convenio de cooperación académica entre la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, la Universidad de Valencia y la Fundación española CEPS. Se trata de un libro indispensable para una cabal comprensión de la Constitución, su alcance, y significado, dirigido a quienes ejercitan y estudian el Derecho, pero también sumamente útil para todo ciudadano preocupado por la sociedad a la que se pertenece.

César Montaña Galarza, **Manual de Derecho Tributario Internacional**, Quito, Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006.

En esta obra se estudia el Derecho tributario internacional como rama jurídica nueva y compleja, que asiste principalmente a los participantes en la relación jurídico-tributaria para atenuar o eliminar la doble tributación internacional pero también para favorecer el intercambio comercial y la circulación del capital entre países. Junto a estos cometidos de trascendentes efectos para la economía mundial aquí se explican otros que tocan más directamente los intereses de los estados menos desarrollados, así como de las personas naturales y de las empresas que han establecido vínculos económicos con el exterior.

Boris Barrera Crespo, **El delito tributario. Elementos constitutivos y circunstancias modificadoras**, Quito, Serie Magister, vol. 66, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Abya-Yala/Corporación Editora Nacional, 2006.

Esta investigación se centra en los elementos y estructura del delito tributario, examinando sus circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes. A partir de los principios del Derecho penal común y económico, el autor analiza las concepciones de las circunstancias en el Derecho penal tributario ecuatoriano y las compara, en forma normativa, con lo regulado en las legislaciones del resto de países del área andina. El trabajo busca adaptar los conceptos analizados a los cambios que requiere la norma tributaria, para lograr una correcta determinación y sanción de los delitos en materia fiscal.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

